

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

GUILHERME DA SILVA SOARES

**O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E A NOVA
PERSPECTIVA DIALÓGICA NA CONTRATAÇÃO DAS CONCESSÕES DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Florianópolis

2017

GUILHERME DA SILVA SOARES

**O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E A NOVA
PERSPECTIVA DIALÓGICA NA CONTRATAÇÃO DAS CONCESSÕES DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito

Orientador: Pedro de Menezes Niebuhr.

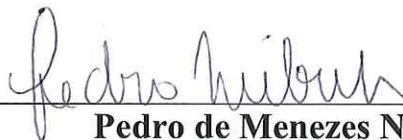
**FLORIANÓPOLIS - SC
2017**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

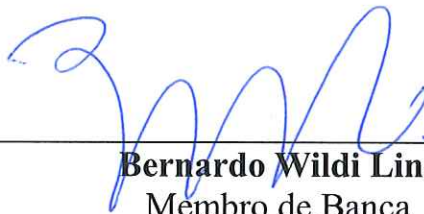
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O Procedimento de Manifestação de Interesse e a nova perspectiva dialógica na contratação das Concessões de Serviços Públicos”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Guilherme da Silva Soares**”, defendido em **05/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

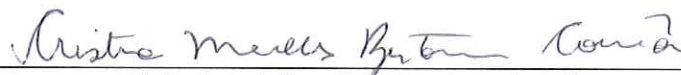
Florianópolis, 05 de julho de 2017



Pedro de Menezes Niebuhr
Professor Orientador



Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca



Cristina Mendes Bertoncini Correa
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

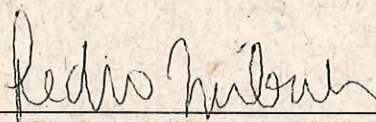
ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Aos **05** dias do mês de **julho** do ano de **2017**, às **16** horas, na Sala **206** do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "**O Procedimento de Manifestação de Interesse e a nova perspectiva dialógica na contratação das Concessões de Serviços Públicos**", elaborado pelo acadêmico **Guilherme da Silva Soares**, matrícula **11100238**, composta pelos membros **Pedro de Menezes Niebuhr**, **Bernardo Wildi Lins** e **Cristina Mendes Bertoncini Correa**, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 9,5 (note 10), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

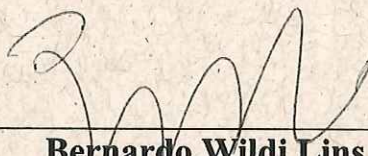
☒ Aprovação Integral

☐ Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

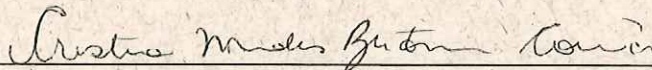
Florianópolis, **05 de julho de 2017**.



Pedro de Menezes Niebuhr
Professor Orientador



Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca



Cristina Mendes Bertoncini Correa
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Guilherme da Silva Soares

RG: 5.146.218

CPF: 073.222.939-16

Matrícula: 11100238

Título do TCC: "O Procedimento de Manifestação de Interesse e a nova perspectiva dialógica na contratação das Concessões de Serviços Públicos"

Orientador: Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, **Guilherme da Silva Soares**, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 05 de julho de 2017.

Guilherme da Silva Soares

GUILHERME DA SILVA SOARES

*“Todo mundo ama um dia todo mundo chora,
um dia a gente chega, no outro vai embora.
Cada um de nós compõe a sua história, cada
ser em si carrega o dom de ser capaz, de ser
feliz. ”*

(Renato Teixeira – Tocando em Frente)

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, assim como toda a graduação que estou para concluir só foi possível pelo apoio inestimável de uma série de pessoas que se doaram a mim muito além da capacidade que eu tive para retribuir.

Foram mais de seis anos de graduação nada românticos. Tive uma imensa dificuldade de me manter no início da faculdade, por um momento cheguei a pensar que meu lugar não era esse e duvidar da minha capacidade de resistência que até então nunca tinha sido posta à prova. No entanto hoje, o momento é de gratidão. Um sentimento tão bom que me faz lembrar não só das pedras no caminho, mas sim, de cada um que viveu comigo esta conquista.

Em primeiro lugar, devoto toda a minha gratidão e amor à minha inabalável mãe, Marilza Aparecida, por ser a pessoa mais incrível, determinada, combativa e altruísta que eu consigo vislumbrar, opinião compartilhada por quem tem o prazer de conhecê-la. Mãe, lhe agradeço pela vida, por nossas conversas, debates e conflitos, por comprar a briga de ser mãe divorciada de gêmeos em 1990 e trabalhar em três turnos para não deixar faltar nada, por me ensinar respeito, altruísmo, garra, por martelar na minha cabeça que não somos melhores tampouco piores que qualquer outra pessoa.

Todo meu carinho e amor também para a minha companheira Pâmela, obrigado pelo amor, companheirismo e sobretudo, pela paciência sem limites que você me dispensou no decorrer da produção deste trabalho. Pam, obrigado por compartilhar seus dias comigo, amo te e lhe sou imensamente grato por tudo que estamos conseguindo conquistar juntos.

Também agradeço ao meu Pai, Zenon José, que me escolheu como filho, muito obrigado pelo apoio. Aos meus irmãos Gustavo e Thiago e primo Gabriel pela cumplicidade, amizade e respeito mútuo. Sinto não poder estar sempre junto, da forma que éramos quando crianças.

Ao meu avô Otazir, pelo exemplo de compromisso, trabalho e de integridade. À minha estimada avó Maria Nilse, por ser exemplo de amor, zelo e fibra. Ao meu avô José Nicolau (*in memoriam*), pelo exemplo de persistência com a família e as idas à Ressacada. À minha querida avó Vera Lúcia, pelas velas acendidas em véspera de exame, pela paciência de vó, pelos assovios para o lanche. Obrigado aos quatro por serem alicerces tanto para meus pais, quanto para mim.

Aos meus tios Moacir, Fabiana, Luciano, Patrícia, Celso, Albertina, Eliane (*in memoriam*) e Reginaldo, bem como ao Alexandre Borges e aos meus padrinhos Lauro e Solange, por participarem de momentos cruciais da minha vida. Cada qual saiba que sou extremamente grato a todos. Aos meus sogros, José Nazareno, Rita de Cássia e cunhada Aline, por serem entusiastas dessa minha caminhada, pelos momentos excelentes de descontração no Moçambique, por me inserirem na família, sou muito grato a vocês.

Aos colegas da Assessoria Jurídica do Deinfra, Bruno, Vladimir, Dayse, Jade e Eduardo e à equipe da ASJUR da SCGÁS, Ana Carolina, Juliana, Luciano, Alexandre, Nicole, Afonso e Laílson, muito obrigado pelo aprendizado e convivência durante meu período de estágio. Vocês contribuíram demais para meu crescimento profissional e pessoal. À toda excelente equipe “*One Legal*” da Engie Brasil, da qual me orgulho se fazer parte, pelo aprendizado, confiança e respeito que me dispensam desde o dia que iniciei meu estágio na empresa. Um agradecimento especial à Lisandra Heldwein, Natacha Marly e Mariana Gouthier por apostarem em mim e confiarem na minha capacidade.

Minha graduação e este trabalho só foi possível com o apoio de muitos colegas, a eles toda minha gratidão, em especial, ao Wesley Marcos de Oliveira Santos, pela amizade e apoio descompromissado, Eric Meira Magalhães, pela parceria no escritório modelo e nos seminários, Patrícia Soster Bortolotto, pela amizade genuína e os bailinhos de dança de salão e ao Thayrã Hermenegildo Rufino, pela amizade sincera e apoio indistinto. Aos amigos André, Emiliana, Nuriele e Maico, meu muito obrigado pela convivência e parceria.

Minha eterna dívida e gratidão aos meus mestres da graduação que se dedicaram a prestar seu conhecimento com excelência e paixão. Admiro e almejo o talento que muitos demostraram em ser uma força positiva no mundo. Meu agradecimento especial ao meu orientador neste trabalho, Professor Pedro de Menezes Niebuhr, sempre solícito e paciente. Muito obrigado pelas orientações e pela experiência compartilhada comigo. Agradeço também aos professores Bernardo Wildi Lins, Cristina Mendes Bertoncini Correa pela disposição em conhecer este trabalho, bem como ao professor José Sergio da Silva Cristóvam e Volnei Rosalen pelos ensinamentos e ótimas aulas lecionadas.

A todos vocês, a minha sincera e profunda gratidão. Muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho destina-se a apresentar os principais aspectos do Procedimento de Manifestação de Interesse a partir de uma nova perspectiva alçada pela constitucionalização do direito administrativo brasileiro rumo a implementação do paradigma emergente da administração pública democrática. Para tanto, parte-se para a análise das implicações que derivam da Constituição Federal de 1988. Da herança autoritária que conforma a base estrutural da Administração Pública à transição democrática com vistas a efetivação de direitos fundamentais, verifica-se a uma demanda por alternância na forma de contratar junto à Administração Pública, ventilado pelo ideal da participação democrática com base na consensualidade, insere-se o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse. Busca-se ressaltar o potencial democrático do instituto, levantando elementos cruciais para o atingimento de seu propósito, uns já abraçados pela prática administrativista, outros poucos ventilados. Sendo assim, trabalha-se o conceito de assimetria informacional existente sobretudo no que se refere às concessões de serviços públicos e obras de infraestrutura de grande alçada, bem como a demanda por soluções que sejam efetivamente garantidoras de direitos fundamentais pelo Estado prestacional como pontos em que o procedimento já empresta eficácia. Conhece-se do potencial pouco explorado de efetiva participação popular através deste expediente e vislumbra-se os grandes desafios que do instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse, sendo eles, o desafio de se imprimir sustentabilidade ao contratos modelados pelo procedimento, sem corromper e no interesse da coletividade, o desafio da transparência efetiva na instrumentalização do diálogo público-privado e o risco de captura do interesse da coletividade em função dos interesses particulares.

Palavras-chave: Procedimento de Manifestação de Interesse, Constitucionalização do Direito Administrativo, Estado prestacional, consensualidade, participação popular, sustentabilidade, concessões, parcerias público-privadas, transparência, risco de captura.

ABSTRACT

The present work aims to present the main aspects of the Expressions of Interest Procedure from a new perspective raised by the Constitutionalisation of Brazilian administrative law towards the implementation of the emerging paradigm of democratic public administration. To do so, we start with the analysis of the implications that derive from the Federal Constitution of 1988. From the authoritarian inheritance that forms the structural basis of the Public Administration to the democratic transition with a view to the realization of fundamental rights, there is a demand for alternation in the form of contracting with the Public Administration, ventilated by the ideal of democratic participation based on consensuality, the institute of the Expressions of Interest Procedure is inserted. It seeks to emphasize the democratic potential of the institute, raising crucial elements for the attainment of its purpose, some already embraced by the administrative practice, others few ventilated. Thus, the concept of informational asymmetry exists, especially about concessions of public services and infrastructure works, as well as the demand for solutions that are effectively guarantors of fundamental rights by the rendering State as points where the procedure already lends effectiveness. We know of the little explored potential of effective popular participation through this expedient, and we can see the great challenges that the Institute of manifestation of interest, the challenge of sustainability printing to contracts modeled by the procedure, without corrupting and in the interest in the collectivity, the challenge of effective transparency in the use of public-private dialogue and the risk of capturing the interest of the community in the light of private interests.

Key words: Procedure for Expressing Interest, Constitutionalisation of Administrative Law, Benefit State, Consensuality, Popular Participation, Sustainability, Concessions, Public-Private Partnerships, Transparency, Capture Risk.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, PRINCÍPIOS, VALORES E PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	16
2.1. Constitucionalização do Direito Administrativo Brasileiro.	16
2.2. A importância dos Princípios Norteadores da Atividade Administrativa para o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse.	23
2.3. Supremacia do Interesse Público e o Paradigma Emergente da Administração Pública democrática.	25
3. A SUPERAÇÃO DE UM PARADIGMA: QUANDO O INTERESSE PÚBLICO CONVERGE COM O INTERESSE PRIVADO.	29
3.1. O Procedimento de Manifestação de Interesse.....	29
3.2. A institucionalização do diálogo: Linhas gerais acerca do procedimento propriamente dito para a manifestação de interesse.	34
3.3. Redução da assimetria informacional na estruturação dos projetos: interlocução nas mesmas bases.....	39
3.4. A eficiência e a economicidade como objetivo na concepção de soluções que atendam interesses públicos.	44
4. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE: SUSTENTABILIDADE, TRANSPARÊNCIA E O RISCO DE CAPTURA DO INTERESSE PÚBLICO.....	49
4.1. A sustentabilidade (econômico, política e social) nos contratos administrativos estruturados através do Procedimento de Manifestação de Interesse.	49
4.2. O Desafio da Transparência efetiva na institucionalização do Procedimento de Manifestação de Interesse.	53
4.3. Conflito de Interesses: Risco de captura do interesse público pela iniciativa privada....	57
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar os principais traços do Procedimento de Manifestação de Interesse, de forma a delinear os benefícios e riscos existentes na utilização deste instrumento pela Administração Pública.

O problema proposto pela pesquisa questiona qual a influência do Procedimento de Manifestação de Interesse na alteração da forma de contratação da administração pública junto aos particulares.

A hipótese primária desta pesquisa considerou que a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse na delegação de serviços públicos e/ou contratação de grandes obras públicas tem como consequências:

- (i) a aproximação de interesses das esferas públicas e privadas para a promoção de um concerto com base no compartilhamento e confronto de interesses pela via do diálogo,
- (ii) a satisfação do interesse público de maneira eficiente e econômica
- (iii) a democratização na fase de construção, planejamento e estruturação de projetos com uma abordagem multilateral.

O desenvolvimento desta pesquisa contou com a elaboração de hipóteses secundárias, instrumentais para o desenvolvimento e encadeamento do trabalho de maneira coesa.

Essas hipóteses consideram que

- (i) a Constituição Federal inaugura um novo marco teórico e jurídico na maneira da administração pública contratar junto aos particulares, em especial no âmbito das concessões de serviços públicos e grandes obras de infraestrutura;
- (ii) o Procedimento de Manifestação de Interesse surge no contexto de uma quebra do paradigma da Administração Pública onipotente e com vistas a ampliar a democratização, transparência e eficiência na contratação pública;
- (iii) o suprimento das lacunas de informação na fase de estruturação dos projetos contribui para a melhor tomada de decisão do gestor público com vistas a atenção do interesse público de forma eficiente;
- (iv) contratar com base na real capacidade ofertada pelo particular permite a execução dos contratos de forma mais regular, justa e sustentável;
- (v) a transparência é essencial para que o Procedimento de Manifestação de

Interesse atinja seu propósito, bem como previne a abertura de espaço para um prévio jogo de cartas político;

(vi) o principal risco do Procedimento de Manifestação de Interesse é a captura do interesse público para a atenção de fins exclusivamente econômicos.

O objetivo geral desta pesquisa é entender a mudança de paradigma de contratação da Administração Pública, que através do Procedimento de Manifestação de Interesse, busca se aproximar do particular no intuito de subsidiar-se de conhecimento externo sem perder de vista a isonomia e transparência no momento de promover eventuais concertos entre interesses públicos e particulares.

Da mesma forma, para atender aos objetivos específicos da pesquisa, se propõe:

- (i) relacionar as alterações legislativas e regulatórias promovidas pela constitucionalização do Direito Administrativo;
- (ii) conceituar o Procedimento de Manifestação de Interesse, estudar sobre seu contexto de formação no Brasil;
- (iii) entender de que maneira o gestor público pode utilizar do Procedimento de Manifestação de Interesse para subsidiar-se de aporte informacional com vistas a atenção do interesse público de forma eficiente;
- (iv) diagnosticar os pontos fundamentais de ajuste para que juntos, administração pública e o seu parceiro privado, consigam proporcionar a solução que melhor se adeque ao interesse público com vistas a sustentabilidade e manutenção da execução de serviços públicos e/ou consecução de grandes obras de infraestrutura;
- (v) situar de que forma o exercício da transparência é necessário para a consecução dos objetivos do Procedimento de Manifestação de Interesse;
- (vi) identificar os riscos e sugerir soluções para o problema da captação do interesse público pelo particular.

Metodologicamente, a pesquisa será pautada no marco teórico neoconstitucionalista, sem excluir por certo, os conceitos caros à doutrina do direito administrativo que nasceram ou se desenvolveram na época que o referido marco teórico ainda se consolidava. De todo modo, essa pesquisa procurará olhar o material utilizado com as lentes atuais disponibilizada pela Constituição Federal de 1988, bem como pelos debates e construções doutrinárias que ao menos em tese deveriam criar

e aprimorar o assento que o texto constitucional deve ter na regulação de nossa sociedade.

Considerando a forma de organização proposta para a presente pesquisa, assim como a perspectiva do tratamento do problema examinado, utilizou-se o método dedutivo, visto que a partir de um conhecimento amplo e geral busca-se chegar às especificidades do tema para ao fim responder o problema proposto. O tipo de pesquisa é explicativo, uma vez que o enfoque consiste em conhecer, interpretar e relacionar o objeto de pesquisa, gerando hipóteses por meio de silogismo.

A pesquisa foi feita por consulta a fontes bibliográficas e referenciais, ou seja, em revistas científicas especializadas, produções acadêmicas (dissertações, teses, artigos científicos), leis, doutrinas e livros; constituindo, desta forma, uma pesquisa teórica utilizando-se de técnica bibliográfica.

O tema pesquisado justifica-se por ser caro a doutrina administrativista atual juntamente com o estudo da evolução do instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse e dos institutos relacionados, como as Concessões de Serviços Públicos, as Parcerias Público Privadas (PPP's) e as diversas formas de contratações públicas, principalmente devido ao cenário de crise e instabilidade político, moral e econômico contemporâneo em que todos estão inseridos. Da mesma forma, todos esses elementos foram objeto de atenção do legislador nos últimos anos e sua aplicação cotidiana se dá de forma que a doutrina está sempre sendo demandada a oferecer novas contribuições à produção tanto no âmbito legislativo quanto no âmbito regulatório.

Além de atual, estudar os efeitos do Procedimento de Manifestação de Interesse demonstra-se fundamental, ao notar-se a ampliação das demandas sociais por decisões administrativas adequadas ao melhor uso de recursos públicos, com vistas a atender os princípios elencados pela constituição e pela doutrina deste ciclo constitucional.

Os riscos da utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse também precisam ser vislumbrados, de forma a entender e prever as consequências que podem advir dos desdobramentos dessa mudança na forma da administração pública contratar.

O trabalho busca trazer um contexto atual e claro do mecanismo estudado e além de firmar um conceito moderno do que seria um Procedimento de Manifestação

de Interesse, aplicar o conceito a realidade vivenciada pela administração pública.

Somado ao momento político e econômico em que nos encontramos, o interesse pelo tema pesquisado advém de buscar conhecer elementos que se apliquem à realidade e não estão inertes no tempo de forma que as conclusões que se esperam dessa pesquisa devem atender a problemas práticos que são ou serão vivenciados de maneira exponencial pelos próximos anos.

No primeiro capítulo deste trabalho são apresentados um recorte histórico do momento de constitucionalização do direito administrativo, vivenciado com o advento da Constituição Federal de 1988, adicionalmente trabalha-se com a importância dos princípios norteadores da atividade administrativa para o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse, bem como levanta-se a questão do doutrinariamente vergastado princípio da supremacia do interesse público face ao novo paradigma emergente da administração pública democrática.

No segundo capítulo são trabalhados os principais conceitos produzidos pela doutrina e jurisprudência publicista acerca do tema pesquisado, verificando seus usos, propósitos e benefícios. Este capítulo destina-se a delimitar um conceito chave para o Procedimento de Manifestação de Interesse, bem como auferir os benefícios que podem ser auferidos pela instrumentalização e institucionalização do diálogo público-privado, tal como o aproveitamento da expertise (know-how) da iniciativa privada na formatação de soluções voltadas à satisfação do interesse público, a redução da assimetria informacional pelas muitas das partes envolvidas na estruturação de melhores projetos (Administração Pública, usuários, iniciativa privada, etc.), a atenção ao princípio da eficiência e economicidade na prestação de utilidades públicas.

Por fim, o terceiro capítulo busca aproximar o conceito formulado ao longo da pesquisa à realidade em que o Procedimento de Manifestação de Interesse está inserido, e para isso, busca-se apontar para os desafios, riscos e efeitos colaterais que seu uso indevido pode originar.

Dessa forma, este capítulo aborda inicialmente o desafio de se imprimir sustentabilidade (econômico, política e social) nos contratos firmados através do Procedimento de Manifestação de Interesse, bem como se aborda, importante desafio de implementação de uma transparência efetiva na operacionalização do instituto e por fim aborda o risco resultante do conflito de interesses, cujo um dos efeitos perfaz o risco de captura do interesse público pela iniciativa privada.

O mote deste capítulo centra-se em apontar as variadas perspectivas envolvidas e relacionar os tópicos em suas ambiguidades, ou seja, as características do procedimento que são verdadeiras ‘facas de dois gumes’ e consequentemente podem levar (i) ao atingimento do propósito democrático do referido instrumento; (ii) de outro modo, ao desvirtuamento desta iniciativa; (iii) a um hibridismo que concerte as nuances entre o elencado no primeiro e segundo item.

A presente pesquisa não pretende esgotar todo o conteúdo resultante do debate sobre o tema, mas sim, apresentar uma perspectiva ampla sobre um instrumento que não está inerte e tão pouco, em desuso pela prática publicista dos dias atuais.

Busca-se verificar o potencial democrático do Procedimento de Manifestação de Interesse, ter uma ideia geral do ambiente em que este instituto está inserido.

Ressalva-se que para este momento não será objeto de estudo, os instrumentos estrangeiros equiparados ao procedimento, e dos quais foi importado, bem como outros instrumentos de diálogo que não o Procedimento de Manifestação de Interesse aqui detalhado.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, PRINCÍPIOS, VALORES E PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.

A Constitucionalização do Direito Administrativo, não só pela elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas pela legislação ordinária, mas também pela inserção de inúmeros princípios do direito administrativo na Constituição, produziu consideráveis reflexos sobre temas dessa disciplina, como a busca de equilíbrio entre as prerrogativas do poder público e os direitos fundamentais do homem; também sobre a discricionariedade administrativa, que resultou restringida com a ampliação da legalidade (muitas vezes substituída pela constitucionalidade), disso resultando a ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos, e, mais, sobre as políticas públicas adotadas pelo Poder Público na área social (DI PIETRO, 2014, p. 10).

Neste capítulo, pretende-se a realização de um recorte histórico do momento de constitucionalização do direito administrativo, vivenciado com o advento da Constituição Federal de 1988, adicionalmente trabalha-se com a importância dos princípios norteadores da atividade administrativa para o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse, bem como levanta-se a questão do doutrinariamente vergastado princípio da supremacia do interesse público face ao novo paradigma emergente da administração pública democrática.

2.1. Constitucionalização do Direito Administrativo Brasileiro.

O advento da promulgação da Constituição Federal implica ao direito administrativo brasileiro a demanda por reforma, nos moldes já antecipados pelo preâmbulo constitucional, para a instituição de um Estado Democrático que assegure materialmente o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos almejados pelo poder constituinte.

Nesse sentido, Gilberto BERCOVICI em artigo intitulado “*O direito constitucional*

passa, o direito administrativo permanece’: a persistência da estrutura administrativa de 1967”, que compõe o livro “O que resta da Ditadura: a exceção brasileira” discorre o que segue:

Em um Estado democrático de direito, a base do direito administrativo só pode ser, em tese, o direito constitucional, configurando uma espécie de “direito constitucional concretizado”, muito mais dinâmico que seus moldes liberais e individualistas tradicionais. A Constituição democrática obriga a reformulação, mesmo que parcial de todas as categorias tradicionais do direito administrativo. (BERCOVICI, 2010, p. 77-78)

Sobre o advento deste novo momento fundado pela promulgação da Constituição Federal, José Sérgio da Silva CRISTÓVAM em sua tese intitulada “*O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*”, aponta que:

De fato, essa terceira dimensão do constitucionalismo moderno traz uma metodologia constitucional renovada, uma nova estrutura jurídico-política que desponta sobre as bases de uma sólida teoria da supremacia da Constituição, da força normativa dos princípios constitucionais, da eficácia dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade humana. Tudo submetido à matriz filosófica do personalismo, que funda o deslocamento do epicentro normativo constitucional do Estado para a pessoa humana. Estas são as bases jurídico-filosóficas em torno das quais gravitam os debates do Estado constitucional de direito e do novo regime jurídico administrativo. (CRISTÓVAM, 2014, p. 221)

Com efeito, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO em artigo denominado “*Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*” aponta o seguinte:

No entanto, o sentido em que a constitucionalização do direito administrativo é mais recente (porque teve início com a Constituição de 1988) e produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida) foi a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: [...]. (DI PIETRO, 2012, p. 5)

No mesmo sentido, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER em dissertação intitulada “*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*”, ao pontuar sobre o processo de constitucionalização do

direito administrativo brasileiro, indica que:

As normas constitucionais sujeitam ao direito a própria produção do direito. De sorte que os valores e princípios da Constituição Federal brasileira são, ao mesmo tempo, o dever ser de todo o direito e o ser desse mesmo direito [...]. Disso se deduz não somente a integração como também o alargamento do direito administrativo brasileiro, restando toda a atuação do Estado – seja nas funções legislativa, jurisdicional ou administrativa – subordinada (limitada e vinculada) não apenas à lei propriamente dita, mas, primordialmente, ao conteúdo das normas constitucionais. [...] (SCHIEFLER, 2013, p. 80)

Complementando o exposto pelos demais autores, Gustavo BINENBOJM em artigo intitulado “*A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*” publicado para a Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado, acrescenta que:

A supremacia da Lei maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional (BINENBOJM, 2008a, p. 24)

Deduz-se dessas contribuições que a alteração do centro gravitacional da normatividade constitucional, saindo do Estado e partindo para a pessoa humana, com base nos valores e princípios tanto explícitos quanto implícitos no texto constitucional demanda ao direito administrativo uma completa reconstrução, haja visto que toda a estrutura jurídica e política do Estado brasileiro, bem como a produção jurisprudencial e doutrinária pré-Constituição Federal foram calçadas sob o espectro de um Estado autoritário.

Nesse sentido, Adilson Abreu DALLARI, em artigo intitulado “*Privatização, Eficiência e Responsabilidade*”, infere o seguinte:

O velho direito administrativo, marcadamente autoritário, baseado na rigorosa regularidade meramente formal, descompromissado com a obtenção de resultados, caracterizado por prerrogativas e sujeições despropositadas, que levavam à ineficiência e favoreciam o abuso ou desvio de poder, não pode mais subsistir. Os particulares administrados não mais podem ser tratados como súditos do Estado; devem ser considerados como cidadãos, titulares de direitos e deveres perante a coletividade e coadjuvantes das ações governamentais, o que provoca profundas alterações nas relações jurídico-administrativas. (DALLARI, 2004, p. 12)

Importa salientar que a feição desenhada para o direito administrativo com a Constituição Federal, nos termos usados por SCHIEFLER, “receberam adornos

democráticos e o propósito maior de dignificar a pessoa humana” (SCHIEFLER, 2013, p. 80), sem que para isso, se perca de vista que a mesma não foi projetada sob ‘papel em branco’ e sim, sob a influência de um sistema autoritário.

Deste modo há que se constatar o paradoxo existente no fenômeno de construção da Constituição Federal de 1988: planta-se um sistema que almeja ser participativo, democrático e estabelece-se uma série de princípios e valores para a exaltação do direito à dignidade humana em um terreno insalubre, quiçá infértil, haja visto o ranço autoritário que reproduz a lógica de aparelhamento estatal para a manutenção do poder.

Soma-se a isso o fato de toda a abertura política no âmbito da forma de organização do Estado, que culminou na Constituição Federal, foi conduzida paralelamente a uma série de reformas que estabeleceram como, quando e quanto custaria o passo seguinte, qual seja, a redemocratização do Estado. Para BERCOVICI, no mesmo artigo já mencionado ao início deste tópico, a Constituição Federal herda um modelo de Estado estruturado sob a ditadura militar, cujo reformas encabeçadas ou vinculadas ao Plano de Ação Econômica – PAEG foram responsáveis pela atual configuração do sistema monetário e financeiro (criação do Banco Central do Brasil - Lei nº 4.595/64), do sistema tributário (Emenda Constitucional nº 18/65 e Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172/66) e da estrutura administrativa (Decreto Lei nº 200/67). (BERCOVICI, 2010, p. 78 - 79)

O paradoxo apresentado pode ser ilustrado pela célebre frase de Giuseppe Tomasi di Lampedusa em *Il Gattopardo*: “*Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*”¹ (LAMPEDUSA, 2002, p. 25), ou seja, não há como desconsiderar os movimentos prévios à Constituição Federal, sobretudo as reformas apontadas por BERCOVICI no parágrafo acima, uma vez que as mesmas sobrevivem à Constituição na forma da máxima de Otto Mayer: “O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece”, muito bem utilizada por BERCOVICI para batizar o seu artigo citado anteriormente.

A provocação acima partiu inicialmente de reflexões do autor que subscreve este trabalho, porém no decorrer da pesquisa, como toda boa metáfora, encontrou paralelo

¹ “Se queremos que tudo permaneça como é, tudo deve mudar” - (LAMPEDUSA, 2002, p.25, tradução livre)

no texto de Robertônio Santos PESSOA, em artigo denominado “*Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil*”, motivo pelo qual subscrevo o excerto do referido texto:

Sem negar os inegáveis avanços propiciados pela nova Carta Constitucional, tivemos, como aponta Gordillo (2007), a continuidade de uma administração em grande parte autoritária e ineficiente dentro de um contexto político superficialmente democrático no que concerne às suas grandes linhas – funcionamento de partidos políticos, funcionamento dos três poderes do Estado, imprensa livre, eleições livres, etc. Sob a égide de uma normalidade democrática, ainda convivíamos com instituições administrativas em grande parte refratárias aos novos valores democráticos e à retórica dos direitos fundamentais. Uma infraestrutura administrativa impedia, ou pelo menos obstaculizava, a concretização do ideário constitucional. Aplicava-se, aqui, a máxima de Lampedusa no romance “O Leopardo”: “As coisas precisam mudar para continuarem as mesmas”. (PESSOA, 2009, p.10)

A constatação acima é útil para entender o porquê de reflexos do autoritarismo permanecerem mesmo após quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal e servirá para contrastar com a proposta essencial deste trabalho, qual seja, a superação do paradigma de contratação junto ao Estado onipotente e autoritário através da participação democrática dos elementos externos à administração pública em uma perspectiva dialógica.

Há, portanto, que se considerar os fatores que derivam da nova ordem constitucional levando em consideração a presença do ranço autoritário deixado pelo regime que tomou o poder em 1964 e estruturou as bases/paradigmas sob os quais se funda a estrutura administrativa do Estado brasileiro.

Retomando as reflexões acerca do momento de constitucionalização do direito administrativo, onde se faz necessário o reexame dos paradigmas sob os quais estão baseadas as construções doutrinárias em matéria de direito administrativo, BINENBOJM aponta que:

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, a fortiori, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia. (BINENBOJM, 2008, p.8)

Na mesma linha, CRISTÓVAM ressalta que:

Pode-se afirmar que, sob a roupagem da noção de Estado social e democrático de direito, o constitucionalismo de terceira dimensão repaginou suas estruturas teóricas fundamentais. O paradigma da força normativa da Constituição propõe o abandono daquelas vestes tradicionais da dogmática legalista (dogma da sujeição à lei) e sua transfiguração na sujeição à ordem constitucional, um sofisticado e hipnotizante figurino normativo aberto de regras e princípios, que pretende cortejar a tão sonhada justiça material. (CRISTÓVAM, 2014, p. 227)

Ao trabalhar os reflexos da Constituição Federal de 1988, PESSOA afirma que:

A constitucionalização dos grandes temas administrativos ocasionou frequentes manifestações do STF sobre matérias importantes, consolidando uma “jurisprudência administrativa” no país.

A ruptura com o regime autoritário, a emergência de uma nova ambiência democrática, a constitucionalização de diversos temas administrativos, os novos instrumentos processuais e as amplas possibilidades de acesso ao Poder Judiciário, propiciaram uma verdadeira *belle époque* para o direito administrativo brasileiro.

De forma pioneira, a doutrina administrativista pôs em foco a questão dos “princípios” como elementos estruturantes da ordem jurídica, conferindo especial relevo aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade. Desenvolve-se um autêntico “direito administrativo da cidadania”, passando-se a conceber o direito administrativo não somente “*ex parte principii*”, mas também “*ex parte populi*”. (PESSOA, 2009, p. 9)

Complementando essa ideia, SCHIEFLER aponta que (i) se faz necessário romper com o direito que vigorou previamente à Constituição de forma a oportunizar a “reconstrução institucional e estrutural do direito administrativo”; (ii) que após mais de 25 anos de produção de “ininterrupta hermenêutica constitucional”, já se verifica avanços no sentido de harmonia do direito administrativo aos valores presentes na Constituição Federal; (iii) tendências do desenvolvimento do direito administrativo sob as vestes da nova ordem constitucional que gradativamente incorpora “a cidadania e a dignidade da pessoa humana como seus fundamentos”, através da produção normativa adstrita à Constituição Federal, bem como pela jurisprudência, costumes da Administração Pública e da doutrina publicista (SCHIEFLER, 2013, p. 81).

O capítulo VII da Constituição Federal, denominado “Da Administração Pública” trata de delinear os contornos deste “hipnotizante figurino” (CRISTÓVAM, 2014, p. 227) e é sobremaneira inovador a localização sistêmica assumida pelo referido tópico no texto constitucional, assim como aponta PESSOA, no já mencionado artigo,

“Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil”:

O tratamento conferido ao tema foi inovador. Depois de tratar dos três poderes e das três esferas de governo, foi dedicado um capítulo especial à “Administração Pública”, estabelecendo-se, de forma ampla, os princípios e regras a serem observados pela “administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. (PESSOA, 2009, p. 9)

Nessa toada, a Constituição Federal ao tratar expressamente da administração pública e vincular a respectiva atividade estatal ao atendimento dos direitos fundamentais estabelece o ponto de partida para o surgimento de uma série de debates, que por sua vez formarão conceitos paradigmáticos para a operacionalização do direito administrativo “sob nova direção” constitucional.

As tendências dessa nova perspectiva do direito administrativo estão muito bem trabalhadas na obra de SCHIEFLER, e conformam o seguinte:

(i) uma concepção de uma atividade administrativa estatal, vinculada a eficácia dos direitos fundamentais apregoados pela Constituição;

(ii) a aplicação do direito administrativo como garantidor dos direitos fundamentais tanto positivos quanto negativos;

(iii) o deslocamento do centro gravitacional do direito administrativo ao âmbito constitucional;

(iv) a mudança de ‘clientela’, onde “o indivíduo perde a alcunha de ‘administrado’, e passa a ser reconhecido em sua particularidade e como o sujeito central das prestações públicas”;

(v) a aplicação do princípio da subsidiariedade na seara dos contratos públicos, primando via de regra pela livre iniciativa e pela intervenção no domínio econômico como exceção;

(vi) o dever de equalizar uma gama de direitos sociais previstos pela Constituição Federal perante a economia brasileira;

(vii) que o Estado envide esforços para fazer frente a grande desigualdade social, com vistas a prover meios de atender as necessidades básicas para uma vida digna;

(viii) a necessidade de práticas administrativas eficientes a fim de atender a finalidade a qual se vinculam, tal seja, dar eficácia aos direitos fundamentais;

(ix) uma conduta, pela Administração Pública, compatível “com o propósito de efetivar uma democracia participativa, especialmente em torno das decisões que afetam os direitos fundamentais”. (SCHIEFLER, 2013, p. 81 - 89).

Para concluir este tópico e passarmos para uma análise específica dos princípios e valores que, recepcionados ou reformulados pela Constituição Federal, afetam significativamente o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse, é cediço salientar que estas considerações iniciais a respeito da ressignificação da finalidade da prestação estatal é fundamental para se consolidar um conceito para o instituto pesquisado, que seja prático e esteja integrado com o ordenamento constitucional, bem como apontar os riscos que possam existir no uso deste instrumento desvinculado de seu propósito.

Passa-se agora a discorrer acerca dos valores e princípios que guardam relação com o Procedimento de Manifestação de Interesse.

2.2. A importância dos Princípios Norteadores da Atividade Administrativa para o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse.

A ideia geral a ser trabalhada neste tópico consiste em parametrizar a importância dos princípios norteadores da atividade administrativa no contexto da grande produção normativa gerada pelo espraiamento da competência legislativa e respectiva autonomia dada aos três entes da federação no que tange à matéria de regular a sua respectiva atuação.

Desse modo, há que se salientar a importância da hermenêutica principiológica para difundir os rumos do direito administrativo almejado pela Constituição Federal.

Adicionalmente, a análise pretendida neste tópico pode ser representada pelo texto de Wallace Paiva MARTINS JUNIOR em *“Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo”*:

Deve-se sobretudo, a Ronald Dworkin a concepção de que o sistema jurídico não pode ser reduzido a regras jurídicas, pois, juntamente com elas há os princípios e que são utilizados para solução de casos complicados em que a aplicação da regra não seria possível sem produzir injustiça. (MARTINS JUNIOR, 2014, p. 241)

A discussão acerca de conceitos estanques que definam propriamente o conteúdo e alcance dos princípios e valores relacionados com a problemática

publicista em grande parte das vezes resta infrutífera, uma vez que a matéria envolve um dinamismo próprio do contexto em que está inserida, tal seja, no seio de um ambiente que inter-relaciona interesses de ordem política, econômica e social.

Dessa forma, foge-se de determinismos e conceitos absolutos e busca-se vislumbrar quais orientações exsurgem dos valores e princípios sob a perspectiva da ordem constitucional trabalhada no tópico anterior.

Trabalha-se não somente com a qualificação dos princípios administrativos expressa ou implicitamente elencados pelo ordenamento constitucional e sim, com a concepção de conceitos que transitam entre esses valores e princípios.

Como constatar-se-á nos tópicos futuros, o arcabouço normativo altamente ramificado (leis e decretos nos três âmbitos de atuação administrativa, a saber, União, Estados e Municípios) que regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser um fator impeditivo crucial para o desenvolvimento próspero do instituto em consonância com o que dispõe a Constituição Federal e por essa razão, o espraçamento dos princípios nesse âmbito são fundamentais.

A importância de se trazer à tona uma discussão acerca de princípios é importante não só para a prática vivenciada no Procedimento de Manifestação de Interesse, mas como para o Direito administrativo como um todo, tendo em vista a grande estrutura de controle administrativo, bem como o próprio processo de tomada de decisão da administração pública e a judicialização de uma série de temas do direito público.

Antes, portanto, há que se distinguir a dicotomia estabelecida entre princípios e valores como forma de se justificar a prevalência da aplicação de base principiológica em detrimento dos valores. Luiz Henrique Urquhart CADERMATORI, em sua obra intitulada “*A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*”, trata de relacionar de maneira clara esses dois conceitos, vejamos:

A propósito da dicotomia que se estabelece ao se tratar da relação valores/princípios, ALEXY esclarece que o gradual atendimento dos valores tem o seu equivalente ao gradual atendimento dos princípios, e vice-versa, sem perda alguma do conteúdo para ambos. A diferença quanto à sua natureza reside no caráter *axiológico* dos valores, que não se confunde com o caráter *deontológico* dos princípios.

Os conceitos deontológicos são aqueles que se encontram ligados a comandos, proibição, permissão ou direito a alguma coisa. Comum a todos esses conceitos, apresenta-se como conceito deontico fundamental, o conceito de mandato ou de *dever ser*.

Quanto aos conceitos axiológicos, estes caracterizam-se pelo fato de

que o conceito fundamental está ligado àquilo que é considerado bom. [...]

Com isso, pode-se dizer que os princípios e os valores são iguais quanto ao seu conteúdo qualitativo, sendo que a diferença entre eles é a de que os primeiros estão ligados à dimensão do dever ser (deontica) e os segundos à dimensão daquilo que é bom (axiológica). Por ser assim, no âmbito do Direito, que precisamente trata daquilo que é devido, essa esfera da realidade pronuncia-se mais em favor da utilização dos princípios do que na utilização dos valores. (CADERMATORI, 2003, p. 74-75).

A diferenciação promovida por CADERMATORI no excerto acima é útil porquanto define que dos princípios, derivam uma perspectiva deontológica do dever ser, conceito este que “deve ser” levado a cabo sistemicamente pelo direito administrativo a luz da Constituição Federal. Na mesma direção aponta MARTINS JUNIOR, utilizando-se dos ensinamentos de Eros Roberto Grau:

Com efeito, os princípios jurídicos ganharam importância no direito ocidental contemporâneo [...]

No direito brasileiro eles galgaram lugar especial máximo após a restauração democrática que culminou com a promulgação da Constituição de 1988 na medida que incorporam e reverberam valores – muito embora princípios não se reduzam a valores. Explica Eros Roberto Grau que o sistema jurídico é a ordem teleológica de princípios gerais de direito, mas não uma ordem de normas, conceitos, institutos e axiomas, enfatizando que princípios não são valores: estes são dotados de significado teleológico, aqueles de sentido deontológico. (MARTINS JUNIOR, 2014, p. 243)

2.3. Supremacia do Interesse Público e o Paradigma Emergente da Administração Pública democrática.

Dentre esses deveres enunciados através de princípios, destaca-se em primeira análise o ideário de *supremacia do interesse público* em termos que todas as tendências até então apontadas circunda sobre o eixo do que foi, o que é, e o que poderá ser considerado “interesse público”, que por sua vez é o condutor que potencialmente justifica a própria razão de ser da atividade administrativa estatal.

SCHIEFLER irá discorrer que o interesse público “encontra-se em consonância e compartilha os âmbitos conceituais da busca pela eficácia dos direitos fundamentais

e dos princípios e valores cultivados pela Constituição Federal” (SCHIEFLER, 2013, p. 304), de modo que o conceito de interesse público se encontra vinculado à salvaguarda e promoção dos referidos direitos. Aponta o mesmo autor:

No direito administrativo contemporâneo, a conotação mais apropriada concernente ao interesse público está mais próxima que outrora dos interesses dos particulares. É o comentário de Alexandre dos Santos Aragão (2010, p. 3): “O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis.”. (SCHIEFLER, 2013, p. 305)

No entanto, destaca-se a crítica compartilhada por BINENBOJM ao tratar do conceito de supremacia do interesse público. O autor inicia sua crítica pela forma que se dá a adoção de “uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual) ” e transcorre acerca de razões que não permitem a qualificação deste princípio como eixo estrutural do regime jurídico administrativo, a saber (i) “o princípio não decorrer da análise sistemática” do ordenamento; (ii) o princípio “não admitir a dissociação do interesse privado”; e, (iii) o princípio demonstrar-se “incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional” (BINENBOJM, 2008b, p. 70 - 76).

A crítica apresentada envolve substancialmente ‘o cheque em branco’ de que dispunha a administração pública, conformando ao final, por uma tendência e substituir o conceito genérico de interesse público por um conceito concreto de atenção aos direitos fundamentais. Trata-se de uma demanda por um Estado que (i) preste ativamente os meios necessários para assegurar os direitos fundamentais e (ii) abstenha-se de influir em interesses privados sob a justificativa vazia da supremacia do interesse público. Complementa o sentido, a consideração apontada por SCHIEFLER:

Por corolário, num Estado Democrático de Direito, o interesse público não pode ser concebido como instrumento retórico para legitimar, por si, interesses do Estado contrapostos aos interesses dos particulares. Não se admite que o interesse público derogue direitos fundamentais do indivíduo. Como bem pondera Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 69), “é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado”. (SCHIEFLER, 2013, p. 305)

Acrescenta-se ao exposto, a contribuição de CRISTÓVAM na obra intitulada “Elementos de Direito Administrativo”, que sugere uma virada metodológica que se disponha a substituir as bases que consolidam o direito administrativo em atenção aos princípios elencados pela Constituição:

As ideias de supremacia e indisponibilidade do interesse público como fundamentos do sistema administrativo devem ceder espaço aos princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, e ao conjunto de direitos fundamentais albergados pela Constituição. Isso exige, inclusive, uma redefinição dos contornos e pressupostos do próprio Direito Administrativo, deslocando-se o foco de atenção, preponderantemente fixado no Estado, para os cidadãos e a satisfação de seus interesses, os interesses coletivos fixados pela ordem constitucional.

Não se defende, vale ressaltar, um abandono completo da noção tradicional de supremacia do interesse público, mas o adequado temperamento entre os princípios republicano, do Estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana, em um processo de constitucionalização do Direito Administrativo e humanização de seus contornos – o que se convencionou chamar de “paradigma emergente da Administração Pública democrática”². Sob esses parâmetros é que se pretende assentar o regime jurídico-administrativo, informado pelos atributos da unidade, da adequação valorativa, da coerência lógica e, sobretudo, axiológica. (CRISTÓVAM, 2016, p. 16- 17)

Depreende-se do exposto neste tópico aquilo que CRISTÓVAM aponta como o paradigma emergente da administração pública democrática. Esse paradigma relaciona-se com a perspectiva sob a qual situa-se o Procedimento de Manifestação de Interesse, a saber, na seara da busca pela concretização efetiva dos direitos fundamentais que fomentem a promoção da dignidade humana.

Desse modo, agrega-se ao Estado o dever ser de prestar uma série de direitos sociais que se conformaram durante toda a prática constitucional em um ciclo de catarse da administração pública.

Parte-se agora para alcançar os meandros que conformam o Procedimento de Manifestação de Interesse e por esse motivo é importante que se faça uma análise aprofundada das normas que o condicionam bem como dos princípios e valores norteadores deste instituto. SCHIEFLER aponta que estes princípios e valores serão aqueles mesmos comuns às licitações públicas e afetos aos processos de

² A temática acerca do citado “paradigma emergente da Administração Pública democrática” é trabalhada com a devida profundidade por CRISTÓVAM em artigo intitulado “O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática” publicado na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul/dez. 2016.

contratações públicas, razão pela qual o estudo torna-se fértil haja visto a profusão de produção doutrinária qualificada que trata sobre o assunto, de forma que se trabalhará os conceitos dos princípios gerais de direito administrativo e concomitantemente se fará a correlação com o instituto do Procedimento de manifestação de interesse.

Desse modo, para melhor elucidar a escolha do autor que subscreve este trabalho, colaciona-se o excerto de SCHIEFLER que propõe o seguinte:

O Procedimento de Manifestação de Interesse, como instituto de direito administrativo, está condicionado à observância das normas de direito público. Além das regras propriamente ditas, veiculadas em lei ou em decretos regulamentadores, a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse subordina-se aos valores e aos princípios norteadores da atividade administrativa, com destaque para a conteúdo normativo da Constituição Federal. Dentre esses princípios, reconhece-se com maior ênfase a irradiação de efeitos jurídicos daqueles já conhecidos da doutrina das licitações públicas, que, como o Procedimento de Manifestação de Interesse, também é procedimento administrativo fundado na isonomia e na busca de soluções para o interesse público. Os princípios pertinentes às licitações públicas aplicam-se em sua maioria ao Procedimento de Manifestação de Interesse, pois emanam efeitos para todos os processos de contratações públicas, incluindo, por evidência, as concessões comuns e parcerias público-privadas. (SCHIEFLER, 2013, p. 303- 304)

Adiante se abordará acerca do instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse em espécie, buscando conformar o disposto pela doutrina e trabalhos acadêmicos com o pano de fundo apresentado por este primeiro capítulo.

3. A SUPERAÇÃO DE UM PARADIGMA: QUANDO O INTERESSE PÚBLICO CONVERGE COM O INTERESSE PRIVADO.

Este capítulo destina-se a delimitar um conceito chave para o Procedimento de Manifestação de Interesse, bem como para os benefícios que podem ser auferidos pela instrumentalização e institucionalização do diálogo público-privado, tal como o aproveitamento da expertise (*know-how*) da iniciativa privada na formatação de soluções voltadas à satisfação do interesse público, a redução da assimetria informacional pelas muitas das partes envolvidas na estruturação de melhores projetos (Administração Pública, usuários, iniciativa privada, etc.), a atenção ao princípio da eficiência e economicidade na prestação de utilidades públicas e o incremento da sustentabilidade (econômico, política e social) oriundo das licitações estruturadas por meio deste expediente.

3.1. O Procedimento de Manifestação de Interesse

A maior peculiaridade jurídica do Procedimento de Manifestação de Interesse é que não está regulamentado em pormenores pela lei, embora sua existência seja legalmente permitida. Trata-se de instituto que ganhou corpo com a prática administrativa. A sua regulamentação é espreitada pela Administração Pública, porquanto resultante em maior parte de decretos regulamentadores. Daí a dificuldade, senão impossibilidade, para extrair elementos conceituais definitivos para o Procedimento de Manifestação de Interesse. É instituto ainda em desenvolvimento, embora com bases definidas. (SCHIEFLER, 2013, p. 125)

Importante então, antes de aventurar-se pelo mar de legislação que trata do tema, conhecer suas origens, conceitos, objetivos e riscos que diretamente ou não, refletem tanto na construção da lei, como na prática da Administração Pública.

Segundo SCHIEFLER, o Procedimento de Manifestação de Interesse é um procedimento consultivo pelo qual a Administração Pública oportuniza a participação de particulares na estruturação da delegação de utilidades públicas, nos termos deste

autor:

O Procedimento de Manifestação de Interesse é o procedimento administrativo consultivo, sujeito ao regime de direito público, com ênfase para os princípios e valores da Constituição Federal, por meio do qual a Administração Pública organiza em regulamento a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas, geralmente por via de concessão comum ou de parceria público-privada, requerendo, para tanto, que sejam apresentados estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem que seja garantido o ressarcimento pelos respectivos dispêndios, a adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, tampouco qualquer vantagem formal do participante sobre outros particulares. Cuida-se de instituto peculiar de direito administrativo cujo maior propósito é corroborar com a estruturação de modelagens de concessões comuns e de parcerias público-privadas. (SCHIEFLER, 2013, p. 123)

Nesse sentido, Bruno Ramos PEREIRA classifica o Procedimento de Manifestação de Interesse como o instituto por intermédio do qual a Administração Pública obtém estudos sobre projetos de infraestrutura que estão no horizonte de tomada de decisão do Estado. (PEREIRA, 2011, p.1)

Conforme André Castro CARVALHO em artigo denominado “*A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: um estudo sobre as manifestações de interesse da iniciativa privada/MIPs e os Procedimentos de Manifestação de Interesse*”, que compõe o livro “*Contratos Públicos e Direito Administrativo*”, o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse é um dos meios que resgata o conceito de diálogo competitivo e consequentemente, promove uma maior aproximação do Estado com a iniciativa privada. (CARVALHO, 2015, p.174).

Em termos gerais, o conceito central que conforma o Procedimento de Manifestação de Interesse perfaz um cenário em que a Administração Pública é posta a assumir uma função de garantidor de direitos fundamentais, porquanto Estado prestacional³, e para tanto subsidia-se de aporte informacional de particulares em uma fase anterior a licitação.

Para isso, assume-se o objetivo de (i) estruturar um instrumento convocatório

³ Entende-se pelo termo Estado prestacional a característica assumida pelo Estado com o advento da Constituição Federal, que incube ao Estado o papel de garantidor dos direitos fundamentais e principal meio para a promoção de uma série de direitos sociais ligados sobretudo ao princípio da dignidade humana.

completo; (ii) definir a forma como o interesse público possa melhor ser satisfeito com apoio da iniciativa privada; e (iii) atrair a proposta mais vantajosa para atender ao melhor interesse da coletividade.

Esse aporte informacional não vinculará os partícipes do Procedimento de Manifestação de Interesse aos respectivos estudos e não lhes concederá vantagem alguma em eventual licitação ligada ao objeto dos estudos desenvolvidos, da mesma forma a Administração Pública não se obriga a acatar os estudos apresentados ou até mesmo promover uma licitação para a contratação do objeto relacionado com o procedimento.

Em outros termos, o Procedimento de Manifestação de Interesse é um diálogo público-privado com o mote de promover a estruturação de projetos com base em múltiplas perspectivas, sejam elas, da gestão pública, do usuário, da iniciativa privada, dos fornecedores de suprimentos, etc., para o concerto destes respectivos interesses.

SCHIEFLER aponta que o sucesso no desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse além de constar com o aspecto da multilateralidade de perspectivas sugeridas no parágrafo anterior, deve revestir-se de consensualidade, isonomia e transparência, nesse interim, há que se ressaltar que o procedimento não destina-se à negociação prévia de futuras condições contratuais, e sim, de aporte informacional por conta e risco do particular em prol da estruturação do melhor projeto possível, seja seu resultado futuramente aproveitado pelo respectivo particular em eventual contrato ou não. Discorre SCHIEFLER:

Para o seu bom sucesso, o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse deve revestir-se de multilateralidade, consensualidade, isonomia e transparência, ensejo para que os particulares traduzam os seus interesses em documentos técnicos e os apresentem à Administração Pública.

Somente mediante o rígido respeito aos valores e princípios de direito administrativo e constitucionais é que essa processualização do diálogo entre a Administração Pública e os particulares poderá fundar adequadamente a futura concessão comum ou parceria público-privada. (SCHIEFLER, 2013, p. 124)

O Procedimento de Manifestação de Interesse tem sido utilizado em larga medida pelo setor público para colher subsídios técnicos, jurídicos e econômico-financeiros que sustentem as iniciativas antes de serem postas em licitação, que venham dar cabo de toda a expectativa de atuação da atividade administrativa no contexto já trabalhado acima do Estado prestacional. SCHIEFLER caminha na mesma

direção, ao apontar que:

A finalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse é que sejam levantados estudos, projetos e os interesses dos particulares, de maneira a que possam subsidiar, parcial ou integralmente, a estruturação técnica, econômica e jurídica da concessão comum ou da parceria público-privada. Não é procedimento obrigatório, mas voluntário, pelo que a celebração desses contratos não está condicionada ao prévio lançamento do Procedimento de Manifestação de Interesse. (SCHIEFLER, 2013, p. 125)

A par destes conceitos atribuídos ao procedimento, inicia-se o diagnóstico que confere em um primeiro momento, a sua abrangência, para posteriormente verificar seus impactos e riscos.

Quanto a sua abrangência, verifica-se que é instrumento que está a mão de todos os entes legitimados a prestar a atividade administrativa, a saber, União, estados e municípios. Cada ente é responsável por guiar, por meio de lei ou principalmente por decreto próprio, a forma pela qual se procederá este expediente. É o que pondera Bruno Gazzaneo BELSITO, na dissertação *“O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro”*:

Por fim, o art. 2º, da lei n.º 11.922/2009, transfere expressamente aos estados, municípios e distrito federal a competência de regulamentar diretamente o art. 21, da lei n.º 8.987/95. Na prática, o efeito deste dispositivo foi o de dar segurança jurídica para o exercício do poder regulamentar dos chefes dos poderes executivos de entes subnacionais para, expressamente, disporem sobre esses procedimentos - sem a necessidade de lei municipal, estadual ou distrital prévia. (BELSITO, 2015, p. 164)

Atualmente, em se tratando das normas que regem o Procedimento de Manifestação de Interesse, encontramos uma infinidade de disposições legais, haja visto a profusão de construção normativa oriunda da estrutura legislativa do país. Assim, tanto Estados, quanto Municípios e União editam normas para tratar sobre este instituto.

Sendo assim, ilustra-se que uma mesma demanda, como por exemplo, a estruturação de um projeto de iluminação pública, que incida em municípios distintos, pode ser procedida de maneira distinta, tendo que tais entes são autônomos para (i) optarem por abrir um canal de diálogo com particulares e (ii) disporem sobre a forma de aproveitamento das informações obtidas neste diálogo.

A base legal que insere o Procedimento de Manifestação de Interesse no bojo do sistema publicista está contida no artigo 21 da lei federal nº 8.987/95. Nesse sentido BELSITO discorre o seguinte:

Dentre os artigos acima elencados, é incontestado que o art. 21, da Lei nº 8.987/95 (“art. 21”), é o dispositivo que contém os elementos normativos mais relevantes, podendo-se dizer que ele consiste no “alicerce legal para a apresentação, pela iniciativa privada ao poder público, de estudos e demais trabalhos que possam subsidiar futuras outorgas”. (BELSITO, 2015, p. 163)

Na mesma linha, PEREIRA infere que:

O artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 contempla a possibilidade de que tais práticas sejam institucionalizadas e tornadas mais transparentes. Em resumo, o artigo estabelece que valores investidos em estudos produzidos pelo poder concedente ou pelo setor privado (desde que, neste último caso, com a autorização do setor público) que forem utilizados para a estruturação de uma concessão serão ressarcidos pelo licitante vencedor (que será parte no contrato de concessão licitado). O artigo estabelece que as normas a respeito dessa possibilidade sejam definidas no edital. Além disso, a norma legal também estabelece que os estudos ficarão à disposição dos interessados. Percebe-se que a norma teve o objetivo de instituir um filtro público (interesse público somado à transparência) para os pleitos e propostas de interesse do setor privado. (PEREIRA, 2011, p. 5 - 6)

E também, Mário SAADI, na dissertação “*O Procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*”:

No que diz respeito à elaboração de estudos para as concessões a serem outorgadas no âmbito da Lei 8.987 e da Lei 11.079, a Administração Pública poderá utilizar-se, a luz da legislação pátria vigente, do art. 21 daquela lei. Por meio dele, poderá autorizar, de ofício ou mediante requerimento, pessoas físicas ou jurídicas a apresentar estudos e demais documentos relativos à licitação de concessões comuns, concessões administrativas, concessões patrocinadas e permissões de serviços públicos. Poderá instaurar o denominado procedimento de manifestação de interesse (o “PMI”) (SAADI, 2014, p. 67)

Desse modo, pode-se vislumbrar que a presente disposição legal apresenta elementos norteadores ao sucesso da empreitada pela administração pública do Procedimento de Manifestação de Interesse, elencados agora e trabalhados com melhor detalhamento à frente, o princípio da transparência, da eficiência e da economicidade dos recursos públicos. Nesse sentido, PEREIRA indica que:

O artigo 21, portanto, traz alguns nortes interessantes a respeito do tema: (i) deve haver publicidade e transparência a respeito dos estudos produzidos; (ii) abre-se a possibilidade para que, se o poder público considerar mais eficiente ou simplesmente necessário, a iniciativa privada produza os estudos relevantes para que setor público possa estruturar modelos de investimento em infraestrutura pautados em contratos de concessão; e (iii) se optar por este caminho, o setor público não precisará depender do orçamento público para que os estudos sejam contratados, pois o ressarcimento aos estudos utilizados na estruturação da concessão serão de responsabilidade do licitante vencedor. (PEREIRA, 2011, p. 6)

Dessa forma, reunindo todo o exposto no primeiro capítulo acerca da constitucionalização do Direito Administrativo, de onde deriva-se a nova roupagem da atividade estatal com vistas a prestação de meios que propiciem a dignidade humana, caminhando em direção a produção normativa que conforma essa nova demanda do Estado prestacional, através principalmente das leis que tratam de licitações e contratos públicos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) e parcerias público-privadas (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004), temos o cenário que dá vida ao surgimento do instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse.

3.2. A institucionalização do diálogo: Linhas gerais acerca do procedimento propriamente dito para a manifestação de interesse.

Defende-se, portanto, como pressuposto fático e teórico a inevitabilidade do diálogo prévio à contratação pública. Não há possibilidade nem necessidade de que a Administração Pública estruture as suas contratações por conta própria e somente na licitação pública é que se relacione com os particulares empreendedores. Não é do bom feitio administrativo estruturar contratos procedendo desta forma solitária (SCHIEFLER, 2013, p. 184)

Este tópico se propõe descrever as linhas gerais acerca do procedimento propriamente para a manifestação de interesse na estruturação de projetos. Para isso, será utilizado das disposições do decreto nº 8.428/2015, que é o mais atual diploma legal a ser utilizado para regular o disposto no art. 21 da Lei nº 8.987/1995.

Referido decreto dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública no âmbito da União, porém suas disposições irradiam à atividade administrativa mais ramificada.

O objeto do Procedimento de Manifestação de Interesse consiste, de acordo com o art. 1º do decreto nº 8.428/2015, em subsidiar a Administração Pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.

Referido objeto é regido respectivamente pela Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão da prestação de serviços públicos), Lei nº 11.079/04 (parcerias público-privadas) e Lei nº 9.636/98 (arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso).

O Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser metodologicamente dividido em 3 fases de acordo com o artigo 1º, §4, que constituem os marcos e nortes pelo qual o diálogo será travado, sendo elas: (i) abertura, por meio de publicação do edital de chamamento público; (ii) autorização para a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; (iii) avaliação, seleção e aprovação dos estudos.

Nos termos do artigo 2º do decreto 8.428/2015, a abertura do Procedimento de Manifestação de Interesse, bem como a autorização e aprovação de PMI fica a cargo da autoridade máxima ou pelo órgão colegiado máximo do órgão ou entidade da Administração Pública federal competente para proceder à licitação do empreendimento ou para a elaboração dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos.

No que tange a abertura do procedimento através de edital de chamamento público, cabe trazer os apontamentos de BELSITO:

A fase inicial do PMI, especialmente a elaboração do edital de chamamento público, é de extrema importância para o sucesso do empreendimento, assumindo dupla função.

Primeiro, trata da forma de arregimentação dos parceiros privados que irão atuar em cooperação com o ente público. A qualidade técnica e os efetivos interesses perseguidos por estes autorizados serão aspectos determinantes para o sucesso da modelagem, não apenas no que concerne à sua conclusão, mas também em relação ao

alinhamento das características essenciais do empreendimento (financeiras, técnicas e jurídicas) ao interesse público.

Segundo, é no início do procedimento (mais precisamente no chamamento público) que se definem as diretrizes, conteúdo mínimo e resultados esperados da participação privada, elementos que são essenciais para a obtenção (i) de um procedimento mais “linear” e (ii) dos resultados finais pretendidos pelo setor público. Por procedimento linear deve-se entender aquele que ocorre sem sobressaltos, paralisações e no qual as partes entendem corretamente o seu papel e o escopo do projeto em desenvolvimento. (BELSITO, 2015, p. 183)

Desse modo, depreende-se que na abertura do procedimento, podemos auferir qual o cerne daquilo que pretende ser uma contratação pública e é neste aspecto que se precisa com maior ênfase da atividade administrativa alinhada com os princípios constitucionais que espraiam no direito administrativo, a saber exemplificativamente, a transparência, o julgamento objetivo, a moralidade, a impessoalidade, dentre outros.

O artigo 4º do decreto trabalhado neste tópico prescreve os requisitos mínimos a serem preenchidos da elaboração de um edital de chamamento, a saber:

- (i) delimitar o escopo dos projetos mediante um termo de referência;
- (ii) indicar diretrizes, premissas, prazo e forma para apresentação dos estudos, valor máximo para eventual ressarcimento, critérios para qualificação, análise e aprovação de requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; critérios para avaliação e seleção de projetos, levantamentos, investigações ou estudos apresentados; contraprestação pública admitida, no caso de parceria público-privada, sempre que possível estimar, ainda que sob a forma de percentual;
- (iii) divulgar as informações públicas disponíveis para a realização de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; e
- (iv) ser objeto de ampla publicidade, por meio de publicação no Diário Oficial da União e de divulgação no sítio na internet dos órgãos e entidades responsáveis por conduzir o Procedimento.

A presente disposição visa emprestar critérios objetivos que amarrem a tomada de decisão do gestor em face a uma deliberada discricionariedade para a atuação do mesmo. Essa disposição enfeixa o propósito de transparência em conjunto com a premissa de um julgamento⁴ objetivo dos modelos a serem propostos.

⁴ Segundo SCHIEFLER, o princípio do julgamento objetivo consiste em afastar da avaliação exercida pela Administração Pública o máximo possível de subjetividades, embora se reconheça que anulá-la jamais será possível.

É o que Celso Antônio Bandeira de MELLO (2011, p. 542) sintetiza por impedir que o julgamento seja

A fase seguinte consiste na autorização para a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, na qual faz-se um filtro acerca do cumprimento das disposições do edital de chamamento público. Nessa fase é importante salientar que o ato administrativo que autoriza a apresentação de estudos deve ser devidamente motivado pautado principalmente no julgamento objetivo da proposta de estudo realizada com relação ao edital de chamamento público, bem como, a partir do momento que os autorizados a apresentar estudos podem participar da futura licitação, estabelece-se uma vantagem que não pode ficar adstrita à discricionariedade do gestor público. Desse modo, apregoa BELSITO:

A nosso ver, muito da indisposição em relação ao uso de filtros para limitar a emissão das autorizações (inclusive a emissão de autorização única) decorre do fato de que, no PMI, se permite a participação dos autorizados na licitação. Ciente de que a condição de autorizado é, na prática, uma posição de vantagem, a Administração vê com ressalvas a possibilidade de restringir a participação de algum interessado (menos nos casos de não cumprimento de formalidades, com a apresentação de documentos ou respeito aos prazos estabelecidos). (BELSITO, 2015, p. 282)

Em apertada síntese, a função atribuída à Administração Pública nesta segunda fase é “filtrar sem discriminar”, de modo que seja otimizado a qualidade do material a ser produzido, sem adotar uma postura que se descole do julgamento objetivo da proposta. Há uma falsa discricionariedade no ato de autorizar ou não a elaboração dos estudos, uma vez que o gestor está estritamente vinculado ao que previu no edital de chamamento público.

Por fim, há a fase onde o diálogo realmente acontece, na avaliação, seleção e aprovação dos estudos. BELSITO discorre que:

No que tange à seleção e avaliação dos estudos, nos termos do art. 4º, II, “f”, do decreto n.º 8.428/2015, o edital de chamamento deve divulgar os critérios que serão considerados pela Administração ao escrutinar os estudos posteriormente submetidos a sua apreciação. A escolha e a operacionalização desses critérios deverão ser pautadas pelas diretrizes veiculadas pelo art. 10, do decreto, dentre as quais podem ser mencionadas a consistência e coerência das informações

decidido “sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais da comissão julgadora.”. Para atingir a esse desígnio é que se exigirá que no instrumento convocatório sejam expressos os critérios objetivos de avaliação. O emprego desse princípio nas etapas de avaliação requer da Administração Pública uma atenção apurada a respeito da motivação legítima dos atos administrativos decisórios.

e a adoção das melhores técnicas existentes no setor econômico no qual se insere o empreendimento modelado via PMI.

Em linha com as ideias que vêm sendo debatidas em capítulos antecedentes desta dissertação, caberá ao ente público, na condução do procedimento, as tarefas de analisar e avaliar as contribuições provenientes do setor privado, atentando especialmente para a existência de desvios que possam colocar em xeque o interesse público, sobretudo por meio da orçamentação de investimentos e custos operacionais de modo não razoável e pelo desbalanceamento de riscos e deveres contratuais transferidos ao futuro concessionário. (BELSITO, 2015, p. 185 - 186)

Do artigo 10 citado por BELSITO, depreende-se que os critérios para avaliação e seleção dos projetos devem, uma vez especificados no edital de abertura, considerar:

- (i) a observância de diretrizes e premissas definidas pelo órgão responsável pelo procedimento;
- (ii) a consistência e a coerência das informações que subsidiaram sua realização;
- (iii) a adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, e a utilização de equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor;
- (iv) a compatibilidade com a legislação aplicável ao setor e com as normas técnicas emitidas pelos órgãos e pelas entidades competentes;
- (v) a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, no caso de manifestação que informe outro meio para a consecução do escopo (hipótese prevista no § 2º do art. 4º);
- (vi) o impacto socioeconômico da proposta para o empreendimento.

Estes são os critérios que conformam a linha dialógica no Procedimento de Manifestação de Interesse, de forma, que o particular interessado e devidamente autorizado a apresentar estudos deve adequar-se aos critérios supra narrados sob pena de não serem aproveitados os seus estudos, que de toda forma, não é o interesse de quem participa.

Importante lembrar que também nesta fase, faz-se o recorte do que será e não aproveitado, e conseqüentemente determina-se o valor que cada participante detém à título de ressarcimento em caso de eventual licitação do objeto de estudo. Nos termos do artigo 12, é aceito a recepção total ou parcial dos estudos, bem como o

posterior ressarcimento, respectivamente, total ou parcial (nesta hipótese a parte é chamada para determinar qual o valor a ser ressarcido a título da parte que foi aproveitada, uma vez que no início só se demanda um valor de ressarcimento global).

Para finalizar este tópico, cabe a ressalva de SAADI quanto ao nível de capacitação técnica dos interlocutores da Administração Pública em sede de Procedimento de Manifestação de Interesse, sob pena do diálogo ser travado em uma “Torre de Babel”, SAADI leciona:

A necessidade de capacitação técnica é fundamental, no procedimento de manifestação de interesse, em decorrência da proximidade estabelecida entre a Administração Pública e os interessados que poderão participar da licitação para a exploração da atividade econômica do projeto desenvolvido. Os agentes do Poder Público envolvidos no PMI deverão ter os conhecimentos adequados para analisar criticamente todas as informações recebidas. Para auxiliá-los, poderão ser contratados consultores ou alocados outros agentes da Administração Pública que possam contribuir com a sua expertise para a avaliação crítica da documentação recebida e das demais informações fornecidas. (SAADI, 2014, p. 169)

Todo o exposto neste tópico busca delinear o procedimento em si, e ao passar pela estrutura do procedimento conectar aos conceitos até então, ou futuramente trabalhados. No próximo tópico é trabalhado um dos conceitos chaves para a justificação do Procedimento de Manifestação de Interesse como meio efetivo de se efetivar soluções consensuais, a partir da redução da assimetria informacional.

3.3. Redução da assimetria informacional na estruturação dos projetos: interlocução nas mesmas bases.

Estima-se que o seu emprego seja capaz de reduzir as assimetrias informacionais entre a Administração Pública e os particulares – sejam os particulares interessados em assumir a concessão, sejam os particulares usuários que receberão os benefícios diretos dos serviços ou do bem a ser explorado, sejam os demais particulares interessados (membros das academias científicas, fornecedores, moradores das comunidades vizinhas às obras).

Aproximando-se os principais interlocutores do futuro contrato, para que juntos possam planejá-lo, há uma potencial diminuição dos riscos que comumente emergem em ambiente de desinformação, afinando-se a harmonia dos interesses envolvidos e reduzindo-se os custos de transação. (SCHIEFLER, 2013, p. 123)

A assimetria informacional que circunda sobretudo grandes projetos de concessão pode ser vista como um dos maiores problemas deste modelo de Estado imbuído com as responsabilidades de prover soluções eficientes ao mesmo tempo em que se afigura um cenário de escassez de recursos.

A relação entre a melhor tomada de decisão pela administração, a boa equalização de riscos por parte dos particulares interessados em executar o projeto e a participação efetiva da comunidade em geral em torno de um projeto deve ser tida como o propósito primordial do procedimento dialógico, com vistas a harmonia dos interesses envolvidos. Sobre isso, colhe-se excerto de SCHIEFLER que pondera o seguinte:

Em outras palavras, há uma tendência ao equilíbrio de interesses quanto mais bem organizado for o Procedimento de Manifestação de Interesse e, com isso, uma maior expectativa de que a modelagem final reflita a amálgama harmônica das expectativas dos interessados. Adicione-se a isso a variável de que algum representante dos próprios usuários – associação comunitária, organização social – esteja participando do Procedimento de Manifestação de Interesse e o participante interessado em empreender o projeto como concessionário assumirá ainda maior obrigação de entregar estudos consistentes e harmônicos: terá de defender os seus interesses, mas não poderá desconsiderar os interesses desses usuários, tampouco os interesses da Administração Pública. (SCHIEFLER, 2013, p. 198)

Pelo exposto, nota-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser o meio efetivo para amenizar a lacuna de informações que envolvem os contratos públicos convencionais, uma vez que aproxima em momento anterior à concepção do projeto, as partes que futuramente serão alçadas às posições de contratante, contratado e usuário.

Os contratos públicos convencionais, sobretudo com o avanço da complexidade dos objetos de contratação, padecem com inconsistências oriundas da má-formação do contrato, tanto na fase de planejamento (assimetria informacional da administração pública), quanto no momento da contratação (assimetria informacional dos particulares). Nesse sentido, SCHIEFLER aduz que:

Demais disso, em razão do sigilo comercial, que é próprio da atividade privada, e da transparência administrativa, que é afeita à Administração Pública, os particulares candidatos a assumir a concessão conhecem com mais apuro as condições técnico-econômicas da Administração Pública, que, por sua vez, desconhece

essas características desses particulares, o que acentua a assimetria informacional.

Por outro lado, quando os projetos são elaborados com exclusividade pela Administração Pública (quando não são precedidos de Procedimento de Manifestação de Interesse), os particulares também se encontram em desvantagem informacional, desta feita em relação ao projeto propriamente dito. **A assimetria de informações é mútua: embora os particulares conheçam mais da prática da atividade a ser empreendida, conhecem menos do projeto proposta pela Administração Pública. E vice-versa.** Resultado disso é o risco perene de seleção adversa, em que a Administração Pública não consegue estruturar uma licitação pública que resulte no melhor contrato possível ou mesmo num contrato razoável, pois não possui todas as informações que seriam necessárias.

[...]

Trata-se de combater a incompletude intrínseca dos contratos administrativos, que diz respeito a todas as inadequações ocasionadas pela sua má formação. Essas inconsistências são formadas no momento de planejamento da licitação pública (NÓBREGA, 2012, p. 410), justamente o objeto de aplicação do Procedimento de Manifestação de Interesse. (SCHIEFLER, 2013, p. 200 - 201) (**grifo nosso**)

Ao se chegar à conclusão de que parte das inconsistências que perduram por toda a vida útil de um contrato administrativo podem ser diretamente relacionadas com a defasagem de informações em fase prévia à celebração do respectivo contrato, depreende-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse trás os meios para suprir tal deficiência, pois trata-se de seara de diálogo entre as partes interessadas em mais informações sobre o projeto, nesse sentido, colaciona-se excerto de SCHIEFLER:

O Procedimento de Manifestação de Interesse tem o condão de **diminuir essa assimetria informacional** entre a Administração Pública e os particulares. Não somente entre a Administração Pública e os particulares candidatos a concessionários, como também em relação aos particulares usuários dessas utilidades públicas, que embora representem aqueles a quem o modelo serve, encontram-se atualmente à margem das particularidades contratuais do negócio.

Como consequência da diminuição da assimetria de informações, há um maior **alinhamento entre os interesses** e com isso o contrato de concessão torna-se mais **eficiente**, com **custos de transação menores e riscos informacionais menores**. Se **todos** têm o direito de compartilhar as informações e influenciar na construção da modelagem da concessão comum ou da parceria público-privada, então o contrato que disso resultar estará mais a par do que interessa aos sujeitos que nele se envolvem. (**Grifo nosso**) (SCHIEFLER, 2013, p. 201)

Há que se ressaltar, contudo, que o aporte informacional disponibilizado pelo

Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser respaldado pelos melhores critérios de transparência e imparcialidade, sob pena do gestor público trocar o viés da assimetria informacional por incapacidade técnica pela assimetria informacional oriunda da adoção parcial e privilegiada da modelagem de um particular em detrimento do outro.

Dessa forma, o resultado a ser almejado pela Administração Pública que justifica o bom uso do Procedimento de Manifestação de Interesse deve conduzir a uma análise sistematizada e transparente dos variados interesses postos à mesa. O “monopólio de ideias” é tão ou mais prejudicial que o aspecto da desinformação inicialmente tratado, uma vez que pode dar azo à uma licitação direcionada desde a concepção do seu objeto.

Com isso, almeja-se reconhecer que:

- (i) o fator de descompasso de informações, e consequentemente, de interesses, reconhecido pela doutrina pela terminologia de assimetria informacional é preponderante para os rumos tomados pelos contratos administrativos durante sua vida útil (preparação, contratação, execução, aditamento para readequar as condições fáticas, rescisão ou extinção), de modo que é sintomático nesse cenário a metamorfose que sobre o objeto alvo da contratação durante as fases acima citadas;
- (ii) o Procedimento de Manifestação de Interesse é meio útil para a captação de informações que estruturam o objeto de licitação de forma multilateral, de forma a ser um agente redutor da assimetria informacional, sobretudo em casos em que o portfólio informacional, seja da iniciativa privada, seja de alguma instituição civil organizada em prol de fiscalizar e demandar do Estado prestacional (o “know how”) pode superar e muito o da Administração Pública ramificada⁵ (sobretudo pequenos municípios, mas também os demais entes da federação em matéria

⁵ A diferença estabelecida entre o porte de prover soluções de grandes companhias especializadas na prestação de determinado serviço, seja mundialmente ou nacionalmente e o porte de um município (ente federativo mais ramificado) de prover a mesma solução é por vezes abissal, no sentido em que a primeira conhece os meandros da atividade a ser desenvolvida pela prática rotineira da mesma, já a segunda, além de contar com pouca infraestrutura técnica, fica relativamente alheia de como funciona o desenvolvimento da atividade em um âmbito sistêmico ou global. O mesmo se aplica com relação a organizações que se especializam em demandar determinada atividade, que assim como a iniciativa privada, podem ter uma visão mais ampla e sistêmica da solução a ser prestada. Nesse sentido aponta SCHIEFLER: “Observou-se que em muitos setores o conhecimento técnico mais apurado, o know-how e a expertise, encontravam-se mais latentes no empreendedorismo dos particulares, que dominavam com mais habilidade as nuances de cada setor econômico” (SCHIEFLER, 2013, p. 168)

de inovação e tecnologia), uma vez que os primeiros estão situados em uma posição que os permite uma visão ampla, sistêmica e não engessada⁶ a respeito da atividade que pretende-se prestar;

(iii) há que se salientar o risco de se trocar “seis por meia dúzia”, ao se utilizar o Procedimento de Manifestação de Interesse sem os critérios de imparcialidade e transparência e por consequência, privilegiar informações (interesses) de um em detrimento do outro;

(iv) tal privilégio indevido fere o propósito fundamental do instituto que se destina a prover uma solução coletiva, com a participação efetiva e democrática dos interessados em conjunto com seus respectivos interesses.

Ilustra-se todo o exposto, pelo excerto de SCHIEFLER:

A assimetria informacional é reduzida porque como a promoção do Procedimento de Manifestação de Interesse propicia um canal de diálogo prévio entre os particulares e a Administração Pública, de maneira isonômica, transparente e legal, a comunicação entre todos os interessados na concessão é intensificada, fazendo com que haja uma maior compreensão das necessidades a serem solucionadas, das possibilidades técnico-jurídicas e das circunstâncias do futuro contrato.

Assim, por meio desse diálogo, os particulares percebem vantagem por conseguirem oferecer soluções mais afeitas às suas atividades, planejando de antemão os pormenores dos projetos de concessão e, pois, contribuindo para que as suas pretensões se coadunem com as da Administração Pública. (SCHIEFLER, 2013, p. 202)

Assumida a premissa de que a redução da assimetria informacional pode ser alcançada através do Procedimento de Manifestação de Interesse, objetivando o provimento de uma solução complexa, com base em uma colaboração também complexa entre variados atores, na qual o Estado deve ser integrador transparente e imparcial das informações obtidas, parte-se para a análise do elemento da eficiência nos contratos formulados com bases nestas construções coletivas.

⁶ Sobre tudo no que diz respeito ao tema de inovação e tecnologia, na corrida pela informação a Administração Pública é retardatária, o que gera um descompasso frente aos “players” habituais deste setor que estão adiantados na vanguarda das descobertas nesse âmbito.

3.4. A eficiência e a economicidade como objetivo na concepção de soluções que atendam interesses públicos.

O princípio da eficiência não derroga nem supera o princípio da legalidade. Sua inserção no texto constitucional significa que não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público (DALLARI, 2004, p. 10)

Este tópico pretende pontuar o elemento da eficiência na concepção de soluções em atenção ao que é demandado pela Administração Pública em sua roupagem de “Estado prestacional”. Nos termos de CRISTÓVAM em artigo intitulado *“O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática”*, com relação a eficiência administrativa:

O Estado democrático de direito impõe, como nenhum outro, o dever de eficiência ao Poder Público, sobretudo com **vistas à efetiva promoção dos direitos fundamentais sociais**, pela via da adequada **prestação de serviços públicos e racionalização da atividade administrativa**.

O princípio da eficiência administrativa somente foi alçado à condição de princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, envolto no movimento de reforma administrativa do Estado brasileiro e normatização de instrumentos para um modelo gerencial de Administração Pública, positivado no artigo 37, caput da Constituição Federal. (CRISTÓVAM, 2017, p. 598) (**grifo nosso**)

Para tanto, faz-se necessário resgatar os pontos já trabalhados no primeiro capítulo que conformam a mudança do paradigma da atuação estatal com base em princípios e valores que emergiram da Constituição, sobretudo os princípios específicos à atividade administrativa em capítulo reservado à Administração Pública na Constituição Federal.

O princípio da eficiência enunciado expressamente pela emenda constitucional

nº 19 de 4 de junho de 1998, mas já implícito pelos valores e objetivos almejados pelo constituinte é um elemento preponderante para definir os destinos do Estado em transição democrática perante as encruzilhadas que surgiram.

A reforma administrativa patrocinada pela emenda constitucional nº 19/98 representa um desses pontos de inflexão, uma vez que seus nortes perpassam o seu momento político de “normatização de instrumentos para um modelo gerencial de Administração Pública” (CRISTÓVAM, 2017, p. 599).

Para fins de desenvolvimento deste tópico, deixa-se de abordar as minúcias da reforma administrativa de 1998, temática bastante vergastada pela doutrina publicista e se discute o conceito de eficiência que converge na abertura da delegação de utilidades públicas através dos institutos das concessões, permissões, autorizações e posteriormente parcerias público-privadas.

O princípio da eficiência, nos termos de CRISTÓVAM é alçado no âmbito constitucional “na intenção de estabelecer uma atuação administrativa de resultados, mais de fins do que de meios” (CRISTÓVAM, 2016, p. 24). O mesmo autor conclui o seguinte

Na verdade, o dever instrumental de eficiência, tanto na perspectiva da racionalidade e otimização no uso dos meios e recursos disponíveis, como no aspecto da melhor satisfação possível dos resultados esperados e exigidos do agir administrativo (política e normativamente), apresenta-se como autêntica expressão normativa de densificação do próprio Estado democrático de direito, elemento instrumental fundamental à otimizada prossecução dos direitos fundamentais individuais e (sobretudo) sociais assegurados pela ordem constitucional, fator mesmo de legitimidade da atuação estatal. (CRISTÓVAM, 2017, p. 598)

Adicionalmente, o Procedimento de Manifestação de Interesse contribui para a eficiência administrativa ao evitar o retrabalho da administração pública no momento da execução de um contrato, uma vez que propicia um edital de licitação que contemple a aproximação de interesses que senão ao início, serão confrontados no decorrer da execução do contrato público e com isso otimiza os resultados obtidos pela Administração Pública.

A opção da Administração Pública pelo Procedimento de Manifestação de Interesse antecipa tanto aos possíveis licitantes quanto aos demais envolvidos,

usuários e/ou atingidos, órgãos de controle, entre outros, o acesso ao projeto. Esta antecipação permite a construção de uma solução mais efetiva e consolidada pela Administração Pública, mas também permite que, mesmo que os estudos apresentados não sejam conhecidos, as partes consigam avaliar o projeto previamente. Nesse sentido, SCHIEFLER aponta que:

Por outro ângulo, importa notar que o Procedimento de Manifestação de Interesse antecipa etapa inevitável aos licitantes, que provavelmente elaborariam estudos próprios sobre o objeto da concessão por ocasião da licitação pública. Assim, ao adiantar o objetivo e as linhas mestras do projeto ao interessado, ainda que os estudos oferecidos pelo particular não sejam aceitos e utilizados na modelagem, a análise de viabilidade do negócio, sob a perspectiva do potencial licitante, já estará mais adiantada ou até concluída. Grosso modo, o particular pode avaliar a sua participação na licitação pública em tempo mais largo, detendo maiores informações sobre o projeto, evitando surpresas com o conteúdo do edital ou ser pego de surpresa com o lançamento de algum edital. (SCHIEFLER, 2013, p. 205)

Decorre dessa avaliação prévia a possibilidade de uma ampla adesão à fase de habilitação da licitação por uma diversidade maior de licitantes, uma vez que os estudos apresentados podem apontar alternativas aos critérios de habilitação, que por vezes acabam por restringir bastante o “pool” de licitantes em uma licitação construída unilateralmente.

Além da prezada eficiência na prestação de soluções que atendam a coletividade, o cenário clama por atenção a adoção de medidas de visem a economicidade dos cada vez mais escassos recursos públicos.

Desse modo, o Procedimento de Manifestação de Interesse também se enquadra como alternativa viável, pois por mais que seja um procedimento administrativo em adição aos demais procedimentos que formam a licitação pública, esse expediente contribui para:

- (i) A melhor equalização dos riscos pelos futuros licitantes e consequentemente a repercussão no preço ofertado pelos mesmos, ou seja, o fator da desinformação é mitigado e a oferta pode se aproximar melhor da realidade concreta do projeto.
- (ii) A participação é ampliada a licitantes que antes não teriam a oportunidade de concorrer, de forma que o mercado é preparado previamente para a posterior concorrência e por consequência, há o aumento de competição e repercussão no preço praticado.

(iii) A comunidade em geral tem a possibilidade de discutir, ou pelo menos vislumbrar como está sendo construída determinada solução pública, e por consequência, além do canal de comunicação entre a Administração Pública e iniciativa privada, se estabelece um canal de comunicação indireto entre quem deseja empreender determinada utilidade pública e os usuários e demais envolvidos com o objeto pretendido.

A participação da comunidade referida acima relaciona-se analogamente com a opinião de CRISTÓVAM⁷ acerca da participação popular da sociedade civil na consolidação de um modelo de Administração Pública democrática. Destaca-se excerto do autor sobre o tema:

A participação popular da sociedade civil na formulação, acompanhamento da execução e controle das decisões do Poder Público acerca de uma série de políticas públicas, apresenta-se como um dos mais fecundos traços de consolidação de um modelo de Administração Pública democrática. Isso reclama, inclusive, a efetiva ampliação dos canais de diálogo entre os governos e a sociedade civil, assecuratórios da participação social na atividade e na decisão administrativa. (CRISTÓVAM, 2017, p. 596 – 597)

Assim, a eficiência ultrapassa seu conteúdo tão somente econômico e pode ser vislumbrada como maneira de se prover eficácia as demandas por soluções que atendam o interesse público, e para isso, é importante que o quem dá sentido à expressão “interesse público” seja diretamente ouvida⁸.

Ademais, colhe-se dos ensinamentos de Caio TÁCITO em artigo intitulado “Direito Administrativo Participativo”, a ideia de conformação entre a perspectiva de iniciativa popular e de cooperação privada por amplas vias de diálogo, depreende de excerto do autor o seguinte:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a

⁷ Apesar do autor citado não destacar atenção específica ao Procedimento de Manifestação de Interesse, depreende-se a ideia de uma efetivação de um modelo democrático de Estado ligado intimamente à ampliação de canais dialógicos, desse modo, o instituto estudado é opção dialógica condizente com o desejado por CRISTÓVAM.

⁸ O diálogo promovido pelo Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser visto não somente pela perspectiva econômica de conformação de interesses da iniciativa privada e do Estado legitimado pela atenção de um interesse público genérico. O potencial do instituto transcende esse viés, e possibilita uma forma de manifestação direta da população na conformação do real interesse público.

perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas. (TÁCITO, 1997, p.02)

Este tópico encerra-se com a excelente contribuição de CRISTÓVAM que resume tanto o que se tentou expor neste capítulo, quanto introduz os elementos a serem trabalhados no próximo capítulo. Consta do último parágrafo do artigo recém-publicado pelo autor à Revista Jurídica Luso-brasileira:

A exigência do cumprimento de padrões otimizados de eficiência na gestão administrativa, na prestação de serviços públicos de qualidade e na máxima ampliação e satisfação dos direitos fundamentais individuais e sociais constitui-se em decorrência direta e instrumento normativo de **concretização do Estado democrático de direito**. O direito fundamental dos cidadãos à boa administração determina a construção de um tipo de Administração Pública que seja, a um só tempo, **transparente e dialógica** nas suas ações, mas também **proba e imparcial** nas suas relações. Um modelo capaz de fundar o agir administrativo a partir de uma dimensão ponderada de princípios, com vistas à otimizada e eficiente concretização desse complexo sistema axiológico de regras e princípios constitucionais, em especial aqueles veiculadores de direitos fundamentais individuais e sociais. (CRISTÓVAM, 2017, p. 601)

O próximo capítulo investiga precauções que são necessárias para que o instituto cumpra sua missão constitucional (concretização do Estado democrático de direito) e não seja desvirtuado.

4. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE: SUSTENTABILIDADE, TRANSPARÊNCIA E O RISCO DE CAPTURA DO INTERESSE PÚBLICO.

Este capítulo aborda inicialmente o desafio de se prover sustentabilidade aos contratos firmados com a Administração Pública, da mesma forma, aborda-se o desafio de se imprimir uma transparência efetiva na operacionalização do procedimento e por fim se aborda o risco resultante do conflito de interesses, cujo um dos efeitos implica no risco de captura do interesse público pela iniciativa privada.

O mote deste capítulo centra-se em apontar as variadas perspectivas envolvidas e relacionar os tópicos em suas ambiguidades, ou seja, as características do procedimento que são verdadeiras ‘facas de dois gumes’ e consequentemente podem levar:

- (i) ao atingimento do propósito democrático do referido instrumento;
- (ii) de modo diverso, ao desvirtuamento do referido propósito para a atenção de interesses escusos;
- (iii) a um hibridismo que concerte as nuances entre o elencado no primeiro e segundo item.

Ressalta-se o intuito de buscar uma visão ampliada dos conceitos e relacioná-los ao contexto apresentado no primeiro capítulo. Cada temática trabalhada nesta fase é rica de detalhes e perspectivas que podem concretamente objetivar estudos específicos. O objetivo deste capítulo é ventilar esses conceitos e salientar sua importância para com o tema geral deste trabalho.

4.1. A sustentabilidade (econômico, política e social) nos contratos administrativos estruturados através do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Quando o estágio primordial da contratação pública não é devidamente cuidado, ou seja, quando não há o planejamento adequado, quando a sua estruturação é deficiente, as condições contratuais se tornam injustas e resultam em longas disputas judiciais, na maior parte das vezes resultantes em desfalques ao erário. (SCHIEFLER, 2013, p. 167)

As formas convencionais de estruturação de projetos, seja para concessões de serviços público, seja para a instituição de parcerias público-privadas, quando resultado de um esforço unilateral do ente público, propicia no mais das vezes, uma contratação “capenga”, porquanto é gerada sob os entraves da assimetria informacional já trabalhada no segundo capítulo.

Com o aumento da complexidade do objeto a ser contratado pela Administração Pública, aumenta-se também a necessidade de se estruturar a futura contratação de forma multilateral. O contrato estruturado com o auxílio do Procedimento de Manifestação de Interesse oferece essa solução.

Dessa forma, a hipótese de aditamento contratual restringe-se aquelas situações comuns a todo projeto de longo prazo, e não para suprir as lacunas de um edital mal planejado. Joel de Menezes NIEBUHR aponta que:

O projeto básico deve ser elaborado com todo o cuidado e zelo. Projetos básicos mal elaborados são causa do insucesso de muitas empreitadas públicas, sobretudo de obras de grande porte que requerem investimentos vultosos por parte da Administração Pública. Trata-se de túneis que alagam, prédios com problemas estruturais, barragens com rachaduras, etc., que geram prejuízos vultosos ao já combalido Erário Público.

Além disso, projetos básicos mal feitos alimentam a indústria dos aditivos contratuais. Ou seja, a Administração não estuda adequadamente as características do terreno ou da área da execução do contrato, não precisa adequadamente as especificações e o material, dimensiona de modo insuficiente os quantitativos e, posteriormente, depois de assinado o contrato, muitas vezes alertada pelo próprio contratado, vê-se forçada a alterar o objeto do contrato, promovendo aditivos de grande monta, jogo de planilhas e outras medidas que deveriam ser evitadas. (NIEBUHR, 2011, p. 267)

O desafio de se imprimir através de um procedimento administrativo, sustentabilidade tanto político, quanto econômica e social à futura contratação passa pelos seguintes pontos:

(i) a sustentabilidade política refere-se à necessidade de se blindar as contratações dos humores institucionais, uma vez que são contratos que se estendem por muito tempo e se relacionam o longo de sua execução com um número indeterminado de agentes. Dessa forma, as regras do jogo (edital) uma vez construídas em conjunto com as partes envolvidas no projeto, reduzem a hipótese de ingerência política na execução do contrato, conferindo uma espécie de segurança jurídica de acordo com o estimado pelo edital de contratação.

(ii) a sustentabilidade econômica pode ser atingida através do Procedimento de Manifestação de Interesse, de forma que o mesmo é capaz de dificultar que as partes arguam supostos vícios, uma vez que o edital é resultado de um esforço conjunto e prévio à concorrência. A redução da assimetria de informações por iniciativa dos particulares, impede que os mesmos venham a oferecer oposição futura a condição que já conheciam e aprovaram previamente.

(iii) a sustentabilidade social, gira em torno dos critérios elencados no Decreto nº 7.746/2012, e aborda o sentido mais utilizado deste termo. O Procedimento de Manifestação de Interesse neste caso, ao antecipar a participação popular através de um diálogo em múltiplas vias (Administração Pública, Iniciativa Privada, usuários e atingidos), contribui para o incremento de sustentabilidade da solução apresentada em si. Almeja-se com isso que o fator social tenha assento junto ao fator político e econômico na concepção de uma solução que esteja mais em consonância com os novos rumos da prática publicista.

O desafio proposto consiste em analisar essa trinca de fatores⁹ (social, econômico e político) de maneira sistematizada, ou seja, não de forma parcial e isolada. Um contrato público sustentável só pode ser obtido com a confluência desses critérios elencados acima, não de um ou de dois fatores, mas sim todos.

A sustentabilidade, portanto, quer dizer mais que seu consagrado viés ambiental. Ao que interessa ao presente trabalho, significa a aptidão de gerar efeitos positivos em cenários futuros, também e inclusive do ponto de vista social, político, jurídico, ético e econômico.

O conceito a ser trabalhado por sustentabilidade nas contratações públicas é mais afeito ao sentido de integridade, completude, eficiência e economicidade, uma vez que se almeja que os contratos públicos firmados sejam executados em compasso com o propósito constitucional atribuído a este tipo de contratação. Nesse sentido, Juarez FREITAS em sua obra intitulada “*Sustentabilidade: Direito ao Futuro*”, oferece

⁹ Ressalva-se que o significado atribuído a trinca de fatores acima não guarda relação com o conceito em sentido amplo dado à sustentabilidade, que também possui uma trinca de pilares, a saber, o ambiental, social e econômico e cujo sentido é criticado por FREITAS, que defende a ideia de uma sustentabilidade para além do tripé social, ambiental e econômico, apontando dimensões sociais, éticas, jurídico-políticas econômicas e ambientais. Para o autor, essa sustentabilidade multidimensional refuta um modelo excludente de desenvolvimento, reforça o dever ético de ser benéfico para todos os seres, propugna a necessidade de se realizar o adequado trade-off entre eficiência e equidade e reconhece direitos relativos ao bem-estar duradouro das atuais e futuras gerações.

o seguinte conceito para sustentabilidade:

É o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos (FREITAS, 2011, p. 51).

Toda contratação pública que precisa ser readequada ou no pior dos casos, refeita, gera um prejuízo inestimável à Administração Pública, ao mercado econômico e principalmente à coletividade, no sentido de que estamos a falar de contratos que perpassam gerações e cujos efeitos da contratação se protraem no tempo.

Nesse sentido, a ponte criada pelo Procedimento de Manifestação de Interesse auxilia a mitigar essas hipóteses.

A equalização dessa ordem de fatores pode ser considerada junto com o desafio da transparência desafio de maior importância para que o instituto atinja seu máximo potencial democrático. Apesar de pouco ventilado doutrinariamente, a sustentabilidade na contratação de grandes projetos deve ser a ordem primária do dia, porquanto está a se falar de contratos muito longos em um contexto de constante evolução de práticas de governança, inovação, globalização, entre outros.

De todo o exposto, é fundamental reconhecer que atualmente os três fatores de sustentabilidade na contratação de serviços públicos restam prejudicados e que a atenção parcial e isolada desses fatores não contribui para o incremento de integridade desses respectivos contratos. Deve-se pautar a importância de se trabalhar o contrato nos três eixos de participação de forma que a solução ideal passe inevitavelmente pelo encontro dos múltiplos interesses, sejam eles econômicos, políticos ou sociais.

A seguir, trata-se da transparência efetiva na institucionalização do Procedimento de Manifestação de Interesse, elemento que tem o condão de possibilitar a almejada equalização de interesses com vistas a contratações plenas e sustentáveis.

4.2. O Desafio da Transparência efetiva na institucionalização do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Como o Estado jamais maneja interesses, poderes ou direitos íntimos, tem o dever da mais absoluta transparência. "Todo o poder emana do povo" (CF, art. 1º, § 1º). É óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem o direito de conhecer tudo o que concerne ao Estado, de controlar passo a passo o exercício do poder. A margem disso, qualquer pessoa atingida pelo Poder Público - isto é, que de qualquer modo seja destinatária, prejudicada ou atendida por ato estatal - tem o direito individual de conhecer esse ato, suas razões, sua base fática e jurídica. Em consequência, seja em nome da limpidez da atividade estatal, seja para garantia de direitos individuais, o Estado tem o dever da publicidade. (SUNDFELD, 2009, p. 177)

O presente tópico trás o desafio de se incrementar as melhores práticas de transparência no âmbito das iniciativas que conformem o diálogo junto a Administração Pública. Dentre esses instrumentos situa-se o Procedimento de Manifestação de Interesse.

Compreende-se por transparência o dever constitucional da Administração Pública bem informar os indivíduos que a ela legitimam, dos atos por ela empreendidos em nome da finalidade primordial do Estado, tal seja, o primado pela solução que atenda ao interesse público. Desse modo, no que concerne à transparência, deve ser tida como o instrumento pelo qual o direito dos indivíduos terem a melhor informação acerca dos atos perpetrados pelo Estado é conquistado.

A obrigação pela transparência efetiva no decorrer de todo do procedimento dialógico para a manifestação de interesse deve ser entendida sob duas inferências: a primeira decorre do descrito por SUNDFELD na obra "*Fundamentos de Direito Público*", cujo excerto abre está tópico. Cabe a Administração Pública o dever de informar quem a ela legitima, ou seja, o dever de publicidade perante a coletividade dos atos feitos em função desta mesma coletividade. Acerca dessa conclusão SCHIEFLER aponta:

Da transparência não se escondem interesses; da transparência não se escondem ilicitudes, arbitrariedades e ilegitimidades. Sem transparência, as ferramentas que poderiam legitimar boas decisões terminam por legitimar ilicitudes e ineficiências. Da transparência não escapa a legalidade e, conseqüentemente, se fazem presentes a isonomia, a moralidade, a segurança jurídica e a eficiência. (SCHIEFLER, 2013, p. 195)

A segunda conclusão perfaz a hipótese de a Administração Pública divulgar amplamente a iniciativa dialógica, como meio de aumentar a captação de interessados e incrementar com a legitimidade própria da participação popular na concepção de soluções públicas democráticas e consensuais. Acerca desta amplitude quanto a publicidade dos atos da Administração Pública, SUNDFELD explica:

Não obstante, estamos a falar em publicidade em sentido mais largo. Evidente que o Estado deve divulgar seus atos, como condição de existência e validade deles, mas não se resumem nisso seus deveres para com a publicidade. Em paralelo, tem o dever de agir de modo diáfano, de se franquear ao conhecimento público, de se desnudar, mesmo quando não esteja em pauta a notificação de seus atos. Importa, então, deixar estabelecido que a ampla publicidade no aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos. (SUNDFELD, 2009, p. 178)

Já SCHIEFLER leciona que:

A transparência confere legitimidade material aos atos administrativos decisórios porque expõe à sociedade os detalhes da tomada de decisão. O particular não se sujeita ao mero dispositivo da decisão, mas conhece as suas razões. A transparência e a motivação são princípios interligados cuja efetivação se coaduna com os propósitos de um Estado Democrático de Direito. (SCHIEFLER, 2013, p. 252)

Na mesma linha, BELSITO infere que “num contexto de novas tecnologias, como a internet, o dever de transparência do Estado não pode se limitar à publicação meramente pró-forma”, envolvendo também a divulgação de modo organizado através de mecanismos próprios que facilitem a acessibilidade às informações (BELSITO, 2015, p. 285).

Além dessas duas funções precípuas da Administração Pública (prestar informações sobre e divulgar amplamente seus atos) no que tange a transparência, infere-se também outros fatores resultantes do estabelecimento de uma boa prática institucional no âmbito da transparência, a saber o controle dos atos da Administração Pública, bem como ganhos significativos na qualidade e eficiência na concorrência e redução da assimetria informacional, já trabalhada no capítulo anterior.

O ganho em controle é observado por BELSITO da seguinte forma:

A segunda ideia é que existe uma relação umbilical entre transparência e controle, seja o manejado pelos órgãos de Estado encarregados dessa tarefa seja aquele desempenhado pela sociedade. Integra a ideia de controle social aquele exercido pelos agentes de mercado (estejam ou não diretamente interessados no projeto), pela sociedade civil organizada (por exemplo, entidades de defesa de interesses dos usuários) e pelos usuários propriamente ditos dos serviços a serem concedidos. No caso, esse dever de transparência parece ainda mais relevante porque se está diante de um procedimento cuja dinâmica, pelos conflitos de interesse e assimetrias informacionais que lhe são inerentes, tem o potencial de gerar prejuízos consideráveis ao Estado. (BELSITO, 2015, p. 285)

A efetivação de práticas transparente enseja ganhos também à concorrência como um todo, uma vez que assinalam à eventuais concorrentes que as negociações caminham *pari passu* com os preceitos de integridade e conformidade. Desse modo ganha-se ao atrair para o empreendimento, parceiros íntegros na mesma medida que potencialmente afasta parcerias mal-intencionadas. É o que infere BELSITO:

[...] além de fomentar o controle social, a transparência também assume outra função importante: passa a mensagem ao público investidor de que o projeto é conduzido sem favorecimentos intencionais e que, portanto, vale a pena, para os agentes privados, estudá-lo e participar da licitação. Num contexto de transparência, existe a aptidão para ocorrer de fato uma competição – e não um mero simulacro que objetiva satisfazer o dever formal de licitar.

Para o Procedimento de Manifestação de Interesse, além da divulgação ampla do instrumento de abertura do diálogo, importa salientar a necessidade de serem organizadas e tornadas públicas todas as informações que serem processadas em sede do instituto. É o que infere SCHIEFLER:

E como se materializa a observância da transparência quando aplicada ao Procedimento de Manifestação de Interesse? Concretiza-se pela divulgação e exposição espontânea, organizada e obrigatória de todas as informações e de todos os documentos manejados pela Administração Pública, em formato aberto, livre e acessível, por meios adequados, para a obtenção e disposição indistinta por parte dos particulares, sem qualquer espécie de controle administrativo prévio ou de finalidade, ressalvado o sigilo apenas para as específicas hipóteses previstas no ordenamento jurídico brasileiro. (SCHIEFLER, 2013, p. 246)

BELSITO irá acrescentar que:

A ideia é possibilitar que se verifiquem, em relação a estes

procedimentos, dados importantes, como quais foram os autorizados, o seu perfil, quem foram os autores dos estudos de viabilidade escolhidos, o conteúdo dos estudos (na medida do que não prejudicar o Estado, conforme discutido no capítulo I), as diligências tomadas pela Administração no curso do PMI (p.ex. a contratação de consultores) e na adaptação e análise dos insumos apresentados, como foi a competição na licitação, etc. Não basta que tais dados sejam publicados de modo esparsos. Sistematizá-los num local único é essencial.

São essas as informações que possibilitarão uma avaliação do desempenho do PMI, dos gargalos existentes e dos subprodutos que podem resultar desse instrumento – portanto, dados necessários para o aperfeiçoamento da sua regulação, gerando procedimentos mais eficientes, efetivos e competitivos. (BELSITO, 2015, p. 286)

O objetivo dessa medida proposta pelos autores coaduna com os benefícios já apontados de controle dos atos administrativos, bem como quanto ao aprimoramento da concorrência. Há que se instituir uma estrutura que inventarie o diálogo do início ao final, de modo a se obter não somente a melhor decisão, mas acesso sistematizado à origem da solução obtida consensualmente.

Ao se imprimir transparência institucional ao procedimento, a tomada de decisão do gestor público pode ser auditada sob as diversas perspectivas, o que em um cenário idealizado, perfaz a maturação do estado democrático de direito.

Além da crítica e do controle da atividade administrativa estatal, surge com a transparência efetiva, a possibilidade de se mapear otimizações, participar de maneira propositiva e em nome do interesse da coletividade. Ou seja, a ampliação da transparência funciona, a um só turno, como mecanismo de controle e melhoria da qualidade da decisão final, porquanto construída sob o prisma da cooperação e participação. Auxilia, ainda, na redução de resistências, pois viabiliza com que os destinatários tomem conhecimento de aspectos e variáveis antes desconhecidas, tire dúvidas, receba esclarecimentos, entre outros benefícios.

No entanto, o caminho para esse cenário não está livre de obstáculos e em sede do Procedimento de Manifestação de Interesse, destaca-se o risco de captura do interesse público face aos interesses privados. Nesse sentido, SAADI aponta que:

Ainda [quanto Agente Público], deverá ter-se o cuidado para que, em função das interações mantidas com a iniciativa privada, não passem a atuar em favor de determinados interessados, em detrimento de outros. A transparência e a racionalidade no procedimento podem ser remédios para imunizar a Administração do risco de captura. (SAADI, 2014, p. 169)

O tópico final destina-se a caracterizar o risco de captura do interesse público sob a perspectiva de uma Administração Pública que esteja afeita com a construção de um Estado prestacional e democrático de direito através da efetivação dos direitos fundamentais ventilados a partir da Constituição Federal.

4.3. Conflito de Interesses: Risco de captura do interesse público pela iniciativa privada.

O perigo da captura do interesse público é seriíssimo e merece mais destaque. A captura dá ensejo à cultura da desconfiança dos particulares, ao império do medo sobre os agentes públicos e ao controle excessivo e obsessivo, que retiram do Procedimento de Manifestação de Interesse qualquer possibilidade de materializar os seus benefícios teóricos. (SCHIEFLER, 2013, p. 243)

O presente tópico irá tratar do iminente risco de captura do interesse da coletividade almejado como propósito primordial do Procedimento de Manifestação de Interesse em função de interesses particulares, sejam eles no âmbito econômico ou político.

Inicialmente é importante resgatar o conceito já trabalhado anteriormente acerca de interesse público, pelo qual infere-se que o mesmo concerne na busca pela efetivação de direitos fundamentais.

Cabe destacar também que a teoria do risco da captura é trabalhada com maior vigor junto com a temática das agências reguladoras, que apesar não nem serem trabalhadas no decorrer deste trabalho, possuem conceitos marcantes para o que pretende se discutir neste tópico.

No âmbito regulatório, as posições e interesses são marcadamente delineados, tendo como agentes, a Administração Pública, agências reguladoras e os entes privados afetados por alguma espécie de regulação.

Com isso, em se tratando de Procedimento de Manifestação de Interesse, deve ser dada a devida atenção à teoria aplicada no âmbito das agências reguladoras, devido dentre outras razões, ao fato da interlocução realizada em sede do procedimento contar com o apoio de particulares que eventualmente venham ser

entes regulados dado que a natureza do objeto de estudos pode perfazer concessões e parcerias público-privadas vinculadas às agências reguladoras.

A teoria de captura das agências reguladoras se materializa através da influência de interesses privados no desempenho das atividades regulatórias, visando seu benefício em detrimento dos fins legalmente previstos para tal atividade. Da mesma forma, a teoria do risco de captura de interesse público compreende o privilégio de interesses privados em total desacordo com a já referida busca de efetivação dos direitos fundamentais. Quanto a definição acerca do risco de captura no Procedimento de Manifestação de Interesse, adota-se o conceito apontado por SCHIEFLER:

O risco de captura define-se pelo perigo de que os interesses dos agentes públicos responsáveis pela estruturação final do projeto concessório sejam capturados indevidamente em favor de interesses ilegítimos dos participantes do Procedimento de Manifestação de Interesse e, a partir disso, renunciem ao interesse público em suas decisões sobre o projeto.

A captura do interesse público pelo interesse privado ocorre, na forma clássica, por meio de conluio entre o particular e o agente público representante da Administração Pública, mas também pode vir a efeito por meio de ascendência técnica ou gerencial do primeiro sobre o último. (SCHIEFLER, 2013, p. 223)

Na teoria do risco de captura das agências reguladoras é trabalhado duas formas de auferir benefícios à particulares em detrimento do interesse das agências. A primeira é a captura política, consubstanciada na prevalência das decisões de ordem política e ligada com o processo de escolha dos dirigentes das agências. Já a segunda conforma a captura econômica, vinculada à gerência indevida das agências regulatórias pelos agentes econômicos que com ela se relacionam.

Já no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse, vislumbra-se hipóteses semelhantes para a captura do interesse público. SAADI destaca que resulta em um risco de captura do interesse público, o condicionamento pelo particular da tomada de decisão administrativa, em especial pela assimetria informacional existente no processo (SAADI, 2014, p. 169). Sobre esse risco, aponta SCHIEFLER:

Embora não causado por condutas imorais, há outro risco que pode resultar na captura do interesse público pelo interesse privado. O risco sobressai quando há ascendência técnica do particular sobre o agente público, causada pela assimetria de informações ou por incapacidade técnica e gerencial da Administração Pública.

Dessa sorte, a consequência é que o particular consegue embutir interesses incompatíveis com o interesse público na estruturação do

projeto de concessão comum ou de parceria público-privada. Há perigo, inclusive, que a ascendência técnica do particular sobre a Administração Pública seja acentuada ao longo do Procedimento de Manifestação de Interesse. É que ao disponibilizar as informações suficientes para a elaboração da solução concessória, o interesse público sujeita-se ao risco de que a assimilação do projeto seja muito maior por parte do particular do que pela Administração Pública. Isso significa que a Administração Pública estará em situação de desvantagem por não manter o controle informacional do processo. Dessa sorte, até em razão da celeridade com que o projeto será estruturado, a Administração Pública terá dificuldades ou não conseguirá definir adequadamente informações relevantes da modelagem final do projeto. Em poucas palavras: a Administração Pública se deixará influenciar por não ter domínio das informações e das consequências de suas opções.

Há medidas que podem diminuir efetivamente este risco, SAADI indica que:

Para a diminuição do risco de captura, é essencial que a Administração Pública reúna conhecimentos e especialidade a respeito do setor objeto do procedimento de manifestação de interesse. Quanto mais dominar as informações a respeito da concessão a ser outorgada, mais eficiente poderá se mostrar o procedimento. Isso porque menor será a assimetria de informação em relação ao interessado. As informações coletadas poderão ser mais bem utilizadas para a estruturação da concessão. Menores serão as chances de o interessado se utilizar em favor próprio, do fato de conhecer profundamente o setor em relação ao qual o PMI se desenvolve. Além disso, a expertise técnica e a especialidade permitem que as medidas tomadas pela Administração Pública já levem em conta as especificidades a respeito da futura concessão. (SAADI, 2014, p. 169 - 170).

Além do enunciado risco de captura em decorrência da assimetria de informações, do qual já este trabalho já se deteve em tópico específico. Para sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse, porquanto etapa embrionária da contratação pública, o risco de captura por imoralidade da Administração Pública. Segundo SCHIEFLER:

O risco de captura por imoralidade é, portanto, um aspecto a ser considerado de forma permanente para a boa prática do Procedimento de Manifestação de Interesse, pois o procedimento pode eventualmente viabilizar uma aproximação ilícita entre os particulares e agentes públicos. (SCHIEFLER, 2013, p. 226)

Temos assim, em um extremo, a possibilidade de evolução da prática administrativa em função da efetivação de direitos fundamentais. Em contraposição, no outro extremo, a cruel realidade de corrupção institucionalizada em uma evolução

também constante.

Assumindo a segunda perspectiva, infelizmente negativa, é fundamental reconhecer que da captura de interesses em fase tão inicial da contratação pública, decorre o risco de se distorcer a contratação pública como um todo e o expediente para conciliação de interesses ser basicamente e perversamente usado para a institucionalização das práticas de corrupção. Dessa forma, salienta SCHIEFLER:

A questão é que a maior segurança oferecida pela institucionalização da construção do projeto de concessão pode se travestir em processo de aparente legitimação, que atenuará os vestígios dos relacionamentos ilícitos pretéritos entre agentes públicos e particulares mal-intencionados com o interesse público. Ou seja, existe o risco de que o Procedimento de Manifestação de Interesse seja empregado para dar ares de licitude a um relacionamento contrário ao direito, em que a escolha de determinado projeto se dará viciada em favor de um particular mancomunado com os representantes daquela Administração.

Trocando-se em miúdos, o relacionamento que antes se dava às escuras formaliza-se em procedimento que se pretende democrático e transparente, utilizando-se dessa sua vertente para cobrir os indícios da imoralidade pública. (SCHIEFLER, 2013, p. 228)

Dessa forma, importa salientar que é extremamente salutar conferir aos elementos trazidos nos tópicos anteriores a devida importância no desenvolvimento institucionalizado do Procedimento de Manifestação de Interesse.

Os fatores de mitigação de riscos de captura perpassam em ampla medida pelos conceitos de eficiência administrativa, sustentabilidade nas contratações públicas, redução da assimetria informacional e transparência, todos abordados durante este trabalho.

Por fim, resta inferir que os riscos aqui elencados não são restritos ao Procedimento de Manifestação de Interesse em si, e sim, males próprios da prática administrativa, de forma que devem ser estudados e interpretados à luz da sistemática publicista como um todo. Para tanto é fundamental que se ventile os novos ares do direito administrativo para a conformação e reforma de toda estrutura pública em função da coletividade que à legitima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a temática do Procedimento de Manifestação de Interesse, almejando identificar e delimitar em um primeiro momento, as implicações do novo marco jurídico-administrativo fundado pela Constituição Federal de 1988, bem como observar o desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil no que tange a forma de se contratar junto aos particulares, sobretudo no que se refere às concessões de serviços públicos e obras de infraestrutura de grande alçada.

O problema formulado para a pesquisa consistiu em inferir os principais elementos que ensejam na alteração da forma de contratação junto à Administração Pública e relaciona-los com a temática do Procedimento de Manifestação de Interesse.

1. Para isso, o primeiro capítulo partiu da hipótese de que a Constituição Federal inaugura um novo marco teórico e jurídico na maneira da administração pública contratar junto aos particulares e teve como objetivo relacionar as alterações legislativas e regulatórias promovidas pela constitucionalização do Direito Administrativo. Este capítulo foi dividido em três partes:

(i) a primeira parte tratou sobre o fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro e foi fundamental para o norte dado ao trabalho, esta parte teve como pontos altos, a abordagem acerca da herança autoritária conformadora da estrutura administrativa brasileira, bem como a definição central acerca da função destinada ao Estado com o advento da Constituição Federal, tal seja ser o garante dos direitos fundamentais, com vistas a promoção da dignidade humana. Já nesta parte o objetivo previamente estabelecido para o capítulo foi atingido. Dessa forma, para esta etapa, a pesquisa foi satisfatória pelo que se propôs ser pano de fundo para o decorrer do trabalho;

(ii) na segunda parte do capítulo inicial, foi abordado a importância dos princípios norteadores da atividade administrativa para o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse. Nesse aspecto se ressaltou a importância do espraio sistemático de princípios em razão de uma estrutura administrativa ramificada.

(iii) o primeiro capítulo foi finalizado com uma correlação necessária acerca dos conceitos de supremacia do interesse público ante ao paradigma emergente da

Administração Pública democrática, no qual, com o arcabouço trabalhado nos dois primeiros tópicos, buscou-se a crítica ao princípio da supremacia do interesse público e apontar sobre o interessante paradigma emergente da Administração Pública democrática.

2. O segundo capítulo adentra na temática do Procedimento de Manifestação de Interesse e foi dividido em quatro tópicos:

(i) o primeiro tópico do segundo capítulo traz o conceito operacional do Procedimento de Manifestação de Interesse a ser utilizado no decorrer do trabalho, sobretudo ao discorrer sobre o artigo 21 da lei 8.987/1995, que autoriza a hipótese de estudos na fase de estruturação de projetos.

(ii) já o segundo tópico informa acerca da institucionalização do instituto por intermédio do decreto nº 8.428/2015, partindo da hipótese de que o Procedimento de Manifestação de Interesse surge no contexto de uma quebra do paradigma da Administração Pública onipotente e com vistas a ampliar a democratização, transparência e eficiência na contratação pública e com o objetivo de conceituar o Procedimento de Manifestação de Interesse e estudar sobre seu contexto de formação no Brasil.

(iii) o terceiro tópico refere-se a potencial benesse de aplicação do instituto, consistente na redução da assimetria informacional com base no diálogo propiciado, parte-se da premissa de que o suprimento das lacunas de informação na fase de estruturação dos projetos contribui para a melhor tomada de decisão do gestor público com vistas a atenção do interesse público de forma eficiente e tem-se como objetivo, entender de que maneira o gestor público pode utilizar do Procedimento de Manifestação de Interesse para subsidiar-se de aporte informacional com vistas a atenção do interesse público de forma eficiente;

(iv) encerra-se o capítulo com outras características bastantes ventiladas acerca deste instrumento dialógico, a saber, o ganho em eficiência e economicidade, utilizando-se da premissa e objetivo trabalhados no tópico anterior.

3. Por fim, o último capítulo aborda elementos caros ao sucesso da institucionalização do diálogo público-privado através do Procedimento de Manifestação de Interesse. Este capítulo final é dividido em três partes:

(i) a primeira delas tratará do desafio de se imprimir sustentabilidade nas contratações públicas, partindo da hipótese de que contratar com base na real

capacidade ofertada pelo particular permite a execução dos contratos de forma mais regular, justa e sustentável e com o objetivo de diagnosticar os pontos fundamentais de ajuste para que juntos, administração pública e o seu parceiro privado, consigam proporcionar a solução que melhor se adeque ao interesse público com vistas a sustentabilidade e manutenção da execução de serviços públicos e/ou consecução de grandes obras de infraestrutura;

(ii) A segunda parte aborda o aspecto do dever de transparência para a efetiva institucionalização do diálogo através do procedimento, partindo da hipótese de que a transparência é essencial para que o Procedimento de Manifestação de Interesse atinja seu propósito, bem como previne a abertura de espaço para um prévio jogo de cartas político e com o objetivo de situar de que forma o exercício da transparência é necessário para a consecução dos objetivos do Procedimento de Manifestação de Interesse;

(iii) Finalizando o capítulo e o trabalho, aborda-se o risco de captura do interesse público, partindo da premissa de que o principal risco do Procedimento de Manifestação de Interesse é a captura do interesse público para a atenção de fins exclusivamente econômicos e com o objetivo de identificar os riscos e sugerir soluções para referida situação.

4. Concluindo, a presente pesquisa buscou responder o problema proposto através da hipótese central que afirmou que a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse na delegação de serviços públicos e/ou contratação de grandes obras públicas tem como consequências: (i) a aproximação de interesses das esferas públicas e privadas para a promoção de um concerto com base no compartilhamento e confronto de interesses pela via do diálogo, (iii) a democratização na fase de construção, planejamento e estruturação de projetos com uma abordagem multilateral.

O objetivo geral da pesquisa foi entender a mudança de paradigma de contratação da Administração Pública e os resultados deste trabalho superaram a expectativa inicial quanto as possibilidades de novas pesquisas acerca do tema.

Os conceitos levantados pela pesquisa carecem da completude e análise melhor aprofundada do tema, porém demonstram potencial para a maturação da pesquisa, com base no aprofundamento de conceitos interessantes à doutrina publicista, tais como o paradigma emergente da Administração Pública democrática, o Estado e sua

função “prestacional”, a sustentabilidade nas contratações públicas, a teoria do risco de captura e a institucionalização da participação popular através do Procedimento de Manifestação de Interesse. Todos esses conceitos ficam de certa forma abertos para o aprofundamento e aprimoramento futuro deste trabalho.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BELSITO, Bruno Gazzaneo. **O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro**. 2015. 317 p. Dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. “**O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece**”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77-90.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/ abril/ maio, 2008a. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 24 de maio de 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b. 897 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 de março de 2017.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>> Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>> Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9636.htm>> Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>> Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 8.428, de 2 de abril de 2015.** Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>> Acesso em: 15 jun. 2017

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito.** 1ª ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003. 196 p.

CARVALHO, André Castro. **A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: um estudo sobre as manifestações de interesse da iniciativa privada/MIPs e os Procedimentos de Manifestação de Interesse.** In SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.) *Contratos Públicos e Direito Administrativo/ Malheiros*, 2015. 480 p.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes.** 2014. 379 p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de Direito Administrativo.** 2016. 236 p. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática.** In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira.* Lisboa/Portugal: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2017, p. 575-605. Disponível na Internet: <<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_0575_0604.pdf>> Acesso em 26 de junho de 2017.

DALLARI, Adilson ABREU. **Privatização, Eficiência e Responsabilidade.** Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2004

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa.** *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83-106, jan. /Jun. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 635 p.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. **Il Gattopardo**. Feltrinelli Editore, 2002. 186 p.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Bruno Ramos. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?** 2011. 18 p. Disponível na Internet:
<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2227494/mod_resource/content/1/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>
Acesso em 24 de maio de 2017.

PESSOA, Robertônio Santos. **Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 24, jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31258>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

SAADI, Mário. **O Procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. 240 p. Dissertação (mestrado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (pmi): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. 2013. 500 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. 191 p.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo Participativo**. Revista de Direito Administrativo, nº 209, Editora Renovar, Rio de Janeiro, julho/setembro, 1997, p. 02.